Der Garantievertrag

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Heinz Krohne
aus Berlin

Approbiert am 18. Juni 1940

Druck Bonifacius-Druckerei, Paderborn
1940

1940 №151

Der Garantievertrag

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Heinz Krohne
aus Berlin

Approbiert am 18. Juni 1940

Druck Bonifacius-Druckerei, Paderborn
1940

Referent: Univ.-Professor Dr. Lent

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Lebenslauf

Ich bin am 25. März 1910 als Sohn des Fabrikdirektors Karl Krohne und seiner Ehefrau Julla in Berlin-Friedenau geboren und im evangelischen Glauben erzogen. Meine Schulbildung erhielt ich auf den staatlichen Gymnasien in Berlin-Friedenau, sowie in Berlin-Steglitz und bestand bei dem letzteren am 1. März 1928 das Abitur. Ich bezog zum juristischen Studium die Universitäten Heidelberg, Freiburg, Berlin und Königsberg und wurde nach Ablegung des ersten Examens am 19. März 1934 zum Referendar ernannt. Sodann wurde ich dem Amtsbezirk Berlin überwiesen, um in verschiedenen Abteilungen des Amts- und des Landgerichts, sowie vorübergehend bei einem Rechtsanwalt zu arbeiten. Da ich mich einer geschäftlichen Tätigkeit zu widmen gedenke, ließ ich mich vor Ablegung der Assessor-Prüfung beurlauben und trat bei einer Maschinen- und Apparatebau-Aktiengesellschaft ein, die mich zunächst in ihrem Berliner Ingenieurbüro und später in der Hauptverwaltung Salzkotten bei Paderborn beschäftigte. Zwecks Erhalts der juristischen Doktorwürde besuchte ich schließlich die Universität Erlangen. Während ich noch mit meiner Arbeit befaßt war, wurde ich zum Heeresdienst in einem Infanterie-Ersatz-Bataillon einberufen. Zwischenzeitlich konnte ich meine Dissertation über das Thema „Der Garantievertrag" beenden, auf Grund deren nach Ablegung der mündlichen Prüfung am 18. Juni 1940 meine Promotion erfolgte.

Karl Heinz Krohne.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533921_0114

Literaturverzeichnis

Apelt, Johannes: Der Forderungsgarantievertrag, 1915.

Boltze, Otto Friedrich: Zeitgemäße Untersuchung über das Verhältnis der Bürgschaft zum Garantievertrag, 1933.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1913.

Dudenhausen, Wolfgang: Bürgschaft und Garantievertrag unter besonderer Berücksichtigung der Bankpraxis, 1936.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1930.

Greiser, Dr.: Die Garantiezusage im Rechtsverkehr. Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer Berlin, 37. Jg. 1939 H. 2 S. 45.

Guggenheim, Edwin: Der Garantievertrag, 1917.

Jecke, Max: Untersuchungen zur Lehre vom Forderungsgarantievertrag, insbesondere in Gegenüberstellung zu Bürgschaft und Schuldmitübernahme, 1930.

Knipp, Viktor: Der Garantievertrag, 1912.

Köstlich, Kurt: Der Kreditauftrag als Garantievertrag im römischen und bürgerlichen Recht, 1912.

Kroener, Wilhelm: Der Garantievertrag und seine Abgrenzung von der Bürgschaft, 1910.

Landmann, Otto: Der Garantievertrag, 1932.

Lanz, Peter Joh.: Die Dividendengarantie, 1937.

Leonhard: Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931.

Meinrath, Ludwig: Der Garantievertrag, 1910.

Meyer, Steen: Der Garantievertrag nach heutigem Recht, 1912.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse.

Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch.

Priester, Heinz: Der Garantievertrag, 1935.

Reichsgerichtsrätekommentar.

Roos, Werner: Die Garantieklausel des industriellen Werk- und Werklieferungsvertrages (insbesondere im Tiefbau), 1930.

Stammler, Rudolf: Der Garantievertrag, Arch. f. d. zivilistische Praxis, 69. Bd., neue Folge 19. Bd., Freiburg 1886.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1933.

Weirauch, Karl: Das Wesen der Zusicherung einer Eigenschaft beim Kauf und ihre Abgrenzung zum Garantievertrag, 1932.

Windscheidt-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts.

Wienstein: Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonderen Garantievertrag? (Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Berlin.) Arch. f. bürg. Recht 31. Bd., Berlin 1908.

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv für die zivilistische Praxis.

Das Recht.

Deutsche Juristenzeitung.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Juristische Wochenschrift.

Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Leipziger Zeitschrift.

Disposition

Einleitung 7

Überblick über die Geschichte des Garantievertrages . . . 9

1. Abschnitt: Der Garantievertrag im geltenden Recht

§ 1: Wesen und Begriff des Garantievertrages: 11

I. Der Garantievertrag als kausales Rechtsgeschäft . . . 11

II. Die Begriffsmerkmale des Garantievertrages . . . 12

a) Die Selbständigkeit des Garantievertrages 13

b) Die Risikoübernahme für ein fremdes Unternehmen . . 13

c) Unentgeltliche und entgeltliche Garantieverträge . . 16

§ 2: Arten des Garantievertrages 18

§ 3: Die Abgrenzung des Garantievertrages von der Gewährleistung sowie von den unselbständigen Garantiezusagen: 21

I. Garantie und Gewährleistung 21

II. Verbundene Garantieverträge und unselbständige Garantiezusagen 23

2. Abschnitt: Vergleichende Darstellung der mit dem Garantievertrag verwandten Rechtsinstitute

§ 4: Bürgschaft und Garantievertrag 24

I. Die Bürgschaft 24

II. Der Garantievertrag 24

§ 5: Garantievertrag und Schuldbeitritt 29

§ 6: Gegenüberstellung von sonstigen, dem Garantievertrag nahestehenden Vertragsarten 30

I. Der Kreditauftrag 31

II. Die bedingte Schenkung 33

III. Das Darlehen 34

IV. Der Versicherungsvertrag 35

3. Abschnitt: Die rechtlichen Wirkungen des Garantievertrages

§ 7: Der Umfang der Garantiehaftung 37

§ 8: Der Einfluß der Unmöglichkeit 39

§ 9: Die Rechtsstellung des Garanten: 40

I. Seine Pflichten und Rechte 40

II. Mehrheit von Garanten 42

III. Regreßansprüche des Garanten gegen einen Drittschuldner . 43

§ 10: Die Rechtsstellung des Garantieempfängers 47

§ 11: Die Form des Garantievertrages 49

§ 12: Endigung des Garantievertrages 50

Schlußbetrachtung 51

Einleitung

Mit der zunehmenden Entwicklung des modernen Wirtschaftslebens sind auch die Gefahren, die mit jeder wirtschaftlichen Betätigung verbunden sind, erheblich gewachsen. Dadurch haben die Sicherungsinstitute, durch die unsere Rechtsordnung dem Einzelnen die Möglichkeit bietet, sich vor wirtschaftlichen Schäden oder Verlusten zu bewahren oder ihre Auswirkungen doch wenigstens auf ein erträgliches Maß herabzudrücken, wesentlich an Bedeutung gewonnen. Jeder Unternehmer — mag es sich um eine Einzelperson oder um große Gesellschaften handeln — wird bestrebt sein, sich vor Schäden, die seinem Unternehmen zustoßen, und es unter Umständen in seinem Bestande gefährden können, schon im voraus zu schützen. Es wird daher sein Bestreben sein, Gefahren, die seine wirtschaftliche Betätigung in der Zukunft mit sich bringen kann, ganz oder wenigstens zu einem Teile von sich auf einen anderen abzuwälzen, der auf Grund seiner besseren Einsicht, einer ihm gegebenen Einwirkungsmöglichkeit auf die Entwicklung oder infolge der ihm zur Verfügung stehenden größeren finanziellen Mittel eher in der Lage ist, das Risiko auf sich zu nehmen und gegebenenfalls einen Schaden zu decken. Er kann dies auf verschiedene Art zu erreichen suchen. Eine in mancher Hinsicht besonders günstige Möglichkeit ist ihm durch den Garantievertrag geboten. Dieses Rechtsinstitut, das im deutschen Recht — wie auch in den meisten neueren ausländischen Kodifikationen — keine Aufnahme gefunden hat, soll in dieser Arbeit behandelt werden. Zwar sind im Anschluß an die Abhandlung von Stammler über den Garantievertrag[1] eine ganze Reihe von Arbeiten und Aufsätzen erschienen, die sich mit dieser Rechtsfigur beschäftigen. Trotzdem sind noch manche Fragen ungeklärt geblieben oder deren Lösungsversuche zumindest sehr umstritten. Die Selbständigkeit und Existenz des Garantievertrages wird allerdings heute wohl kaum mehr bestritten. Dagegen bestehen noch Unklarheiten hinsichtlich des Tatbestandes des Garantievertrages selbst, insbe-

---

[1] Stammler: „Der Garantievertrag", Arch. f. d. ziv. Praxis. 69. Band. Neue Folge 19. Band, Freiburg 1886.

sondere aber über die Abgrenzung des Garantievertrages von dem unselbständigen Gewährleistungsversprechen. Ferner ist die Frage nach dem Einfluß der Unmöglichkeit auf die Wirksamkeit des Garantieversprechens sowie nach dem Umfange der Garantiehaftung noch nicht restlos geklärt. Sehr umstritten ist ferner noch das Problem des Regreßverhältnisses zwischen mehreren Garanten und zwischen Garant und Drittschuldner.

Bei der großen Bedeutung, die dem Garantievertrage im Wirtschaftsleben zukommt, lohnt sich daher der Versuch, im Rahmen einer zusammenfassenden Darstellung einen Beitrag zur Klärung dieser Fragen zu leisten.

Dabei erscheint es im Interesse der Vollständigkeit der Arbeit zweckmäßig, der eigentlichen Darstellung einen kurzen Abriß der Geschichte des Garantievertrages voranzustellen. Dann soll im ersten Abschnitt die Stellung des Garantievertrages im geltenden Recht erörtert werden, um dann im zweiten Abschnitt einen Vergleich zwischen dem Garantievertrage und den diesem nahestehenden Vertragsarten zu ziehen und ihre Gemeinsamkeiten und Unterscheidungsmerkmale zu schildern. Im Anschluß daran werden im dritten Abschnitt die Rechtswirkungen des Garantievertrages aufgezeigt werden. Den Abschluß bildet ein kurzer Hinweis auf die vielfältigen Verwendungsmöglichkeiten des Garantievertrages in der Praxis.

Überblick über die Geschichte des Garantievertrages

Stammler hat bereits in seinem eben zitierten Aufsatz nachgewiesen, daß schon im römischen Recht der Garantievertrag als eine besondere Vertragsart anerkannt worden ist, die in Form der „stipulatio" abgeschlossen werden mußte und der in den wenigen Fällen, in denen er Erwähnung gefunden hat,[2] die Bezeichnung „promissio indemnitatis" führt. Das Eigentümliche dieses Vertragstyps wurde darin erblickt, daß der Promittent das Risiko, das mit der Unternehmung eines Dritten verbunden war, sich selbst aufbürdete. Der Versprechende übernahm damit also die völlig selbständige Verpflichtung, der von ihm geförderten oder unterstützten Unternehmung im Schadensfalle Ersatz zu leisten. Die Erkenntnis, daß es sich hierbei um einen selbständigen Vertrag und nicht etwa um die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit handelte, führte dazu, die „promissio indemnitatis" scharf von der Interzession zu scheiden. Damit fiel auch die „promissio indemnitatis", die als Vorläufer unseres heutigen Garantievertrages anzusehen ist, nicht unter das Verbot des S. C. Velleianum, durch das den Frauen nicht nur die Verbürgung, sondern überhaupt jede Interzession untersagt worden ist.

Die Ursache für die auffallend seltene Erwähnung des Garantievertrages in der römischen Rechtsprechung ist — worauf Stammler[3] bereits hingewiesen hat — einmal darin zu suchen, daß richterliche Entscheidungen über Garantieverträge zu allen Zeiten sehr selten gewesen sind. Dazu kommt noch, daß im römischen Recht durch seine elastische Mandatsform die Möglichkeit gegeben war, die wirtschaftlichen Zwecke des Garantievertrages wenigstens annähernd zu erreichen. Rechtlich bestand allerdings zwischen dem Garantieauftrag („Mandatum qualificatum") und dem Garantievertrage der Unterschied, daß der Garantieauftrag dann nicht mehr zur Anwendung kommen konnte, wenn die Unternehmung bereits im Gange und auch ihre Weiterführung beabsichtigt war. Außerdem wurde dem Unternehmer durch den Garantieauftrag die Verpflichtung zum Beginn des Unternehmens auferlegt.

---

[2] Stammler a. a. O. S. 53 ff.

[3] Stammler a. a. O. S. 61.

Bei der seltenen Erwähnung des Garantievertrages verwischt sich in der Folgezeit die Erkenntnis, daß es sich bei ihm um eine selbständige Obligation handelt. Soweit der Garantievertrag in der mittelalterlichen Rechtslehre überhaupt Erwähnung findet, beschränkt man sich darauf, ihn von den Interzessionsgeschäften abzugrenzen. Vereinzelt erkennt man die „promissio indemnitatis" als besondere Vertragsart an und grenzt sie von der Interzession und vor allem von der „fideiussio indemnitatis" ab. Als aber mit dem Aufkommen des modernen Partikularrechtes die Frauenprivilegien in Fortfall kamen, hatte auch diese Unterscheidung keine praktische Bedeutung mehr. Lange Zeit wird dann der Garantievertrag in der Rechtslehre kaum noch beachtet, bis zuerst Windscheidt (Pand. § 412, Nr. 2) wieder auf seine Bedeutung „als ein selbständiger Vertrag, durch welchen jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird, daß ihm aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen werde", aufmerksam gemacht hat. Allerdings begeht Windscheidt dann den Fehler, daß er seine Hauptanwendungsform als Kreditauftrag ansieht und ihn aus diesem Grunde mit der Bürgschaft gleichstellt.

Erst Stammler hat in seiner bereits mehrfach erwähnten grundlegenden Abhandlung die Selbständigkeit des Garantievertrages im modernen Recht nachgewiesen. Obwohl dieser Aufsatz fast 15 Jahre vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erschienen ist, hat man doch davon abgesehen, den Garantievertrag darin zu regeln. Zur Begründung hierfür wird in den Motiven BGB[4] ausgeführt, daß sich dieser Begriff „wegen der Verschiedenheit der Verträge, welche eine Garantie zum Zweck und Inhalt haben, der allgemeinen Regelung entziehe". Diese Unterlassung hatte zur Folge, daß viele Streitfragen, die nach dem Erscheinen der Stammlerschen Arbeit in der Rechtssprechung und Rechtslehre aufgetaucht waren, zunächst ungeklärt blieben. Diese Unsicherheit wurde noch dadurch vermehrt, daß auch heute noch häufig die gleiche Bezeichnung „Garantie" bei den verschiedensten Rechtsverhältnissen Verwendung findet, die innerlich keine Verwandtschaft miteinander aufweisen. Um der dadurch heraufbeschworenen Gefahr einer falschen Auslegung von Verträgen zu begegnen, ist es unumgänglich, zunächst den Tatbestand des Garantievertrages scharf abzugrenzen.

---

[4] Mot. II, S. 658.

I. ABSCHNITT

Der Garantievertrag im geltenden Recht

§ 1. Wesen und Begriff des Garantievertrages

I. Zuwendungen, d. h. also solche Rechtsgeschäfte und Handlungen, durch die jemand auf seine Kosten das Vermögen eines anderen bereichert, wird im allgemeinen kein vernünftiger Mensch um ihrer selbst willen vornehmen. Man will mit solchen Zuwendungen nicht nur ihren unmittelbaren Erfolg, die Bereicherung des Empfängers, herbeiführen. Vielmehr wird mit der Zuwendung ein Zweck, also die Erreichung eines weiteren Erfolges erstrebt. Die mit der Zuwendung verfolgte Absicht, die auf Erreichung eines mittelbaren Rechtserfolges gerichtet ist, nennt man ihre „causa". Im Regelfalle kann nach unserer Rechtsordnung dieser mit der Zuwendung erstrebte Rechtserfolg nur herbeigeführt werden, wenn er zwischen dem Zuwendenden und dem Empfänger vereinbart worden ist. Diese in der Regel notwendige Zweckvereinbarung wird ebenfalls als „causa" bezeichnet. Nach dem Gesetz kann nun diese Kausalvereinbarung in verschiedener Beziehung zu dem die Zuwendung enthaltenden Geschäft stehen:

Entweder wird das Wirksamwerden der Zuwendung von der Verwirklichung der causa und — soweit es sich nicht um eine Zuwendung durch einseitiges Rechtsgeschäft handelt — auch von einer gültigen Kausalvereinbarung abhängig gemacht. Der Geschäftszweck bildet also hier nach dem Gesetz einen Teil des die Zuwendung enthaltenden Rechtsgeschäftes. Trifft dies zu, so spricht man von kausalen Geschäften. Hierunter fallen fast alle Verpflichtungsgeschäfte.

Um dem Verkehrsbedürfnis, das nach Klarheit und Sicherheit der Wirkungen des Geschäftes strebt, entgegenzukommen, machte die Rechtsordnung bei manchen Zuwendungen die causa nicht zum Geschäftsinhalt. Man machte das Wirksamwerden der Zuwendung von der causa unabhängig, das Geschäft ist von ihr abstrahiert. Mit der so geschaffenen Figur des Abstrakten, d. h. des zweckentäußerten Geschäftes, erhöhte die Rechtsordnung die Klarheit und Sicherheit der Geschäftswirkung. Infolgedessen sind auch solche abstrakten Geschäfte sehr häufig. So sind alle Verfügungsgeschäfte, die eine Zuwendung enthalten, schlechthin abstrakt; sonst trifft dies

aber nur für einige streng abgegrenzte Fälle, nämlich die Forderungsabtretung, die Schuldübernahme, den Schulderlaß und für einige wenige obligatorische Geschäfte, nämlich das abstrakte Schuldversprechen und -anerkenntnis, den Wechsel und einige andere mehr zu. [5]

Es ist wohl ohne weiteres einzusehen, daß bei dem Garantievertrage zu einer solchen Abstraktion nach dem Verkehrsbedürfnis ebensowenig eine Notwendigkeit besteht wie bei der Bürgschaft, mit der der Garantievertrag eine gewisse Verwandtschaft aufweist. Die Garantie, die gewöhnlich zwischen den Parteien für längere Zeit vereinbart wird, kann nicht auf einen Dritten übertragen werden. Eine Abstraktheit etwa im Sinne des abstrakten Schuldversprechens (§ 780 BGB), bei dem die vermögensmindernde Erklärung des Versprechenden allein schon den rechtsgeschäftlichen Inhalt darstellt, ist also bei dem Garantieversprechen nicht erforderlich. Demnach kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß der Garantievertrag ein kausales Rechtsgeschäft ist. Die causa des Garantievertrages ist darin zu sehen, daß der Garant das Risiko übernimmt zu dem Zweck, den Erfolg der Unternehmung eines anderen sicherzustellen.

II. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß Stammler als erster eine klare, festumrissene Begriffsbestimmung des Garantievertrages aufgestellt hat, der sich auch die meisten Schriftsteller, die sich mit diesem Rechtsinstitut befaßt haben, angeschlossen haben. Nur einige sind in einzelnen Punkten zu abweichenden Ergebnissen gelangt.

Stammler sieht einen Garantievertrag dann als vorliegend an, wenn „jemand einer auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung eines anderen dadurch Unterstützung und Förderung angedeihen läßt, daß er unentgeltlich das Risiko, das mit derselben verbunden ist, ganz oder in bestimmter Begrenzung vertragsmäßig übernimmt". [6] Stammler erblickt also die wesentlichen Begriffsmerkmale des Garantievertrages darin, daß es sich um einen selbständigen Vertrag handeln muß, in dem jemand das Risiko, das mit der Unternehmung eines anderen verbunden ist, übernimmt, um dieser so unentgeltlich Förderung und Unterstützung angedeihen zu lassen. Im einzelnen ist dazu folgendes zu bemerken:

---

[5] Enneccerus I, § 139, I 5b S. 454. [6] Stammler a. a. O. S. 1.

a) Wenn die Selbständigkeit des Garantievertrages betont wird, so soll damit nicht etwa zum Ausdruck gebracht werden, daß auch eine nur äußerliche Verbindung des Garantievertrages mit einem anderen Vertrag nicht möglich sei, ohne seinen Charakter als Garantievertrag zu verändern. Vielmehr ist es sogar sehr häufig so, daß der Garantievertrag mit einem anderen Rechtsgeschäft äußerlich verbunden wird, ohne daß dadurch seine innere Selbständigkeit leidet. In solchen Fällen spricht man von „verbundenen Garantieverträgen". Dann ist also den beiden Rechtsgeschäften nicht etwa der rechtlich gewollte Zweck, sondern nur der äußere Anlaß gemeinsam; die Zusammenfassung der beiden Geschäfte in einem Vertragswerk ist demnach nur auf die Gemeinsamkeit des Anlasses zurückzuführen. Die Selbständigkeit muß also als ein innerliches Wesensmerkmal des Garantievertrages aufgefaßt werden. Dadurch wird die Trennung vollzogen zwischen dem Garantievertrag und den unselbständigen Garantieversprechen, bei denen die Garantiezusage nicht zur Unterstützung und Förderung eines fremden Unternehmens abgegeben wird, sondern nur den Zwecken eines anderen Rechtsgeschäftes dient. In dem letzteren Falle liegt also die Garantiezusage nur im Rahmen einer dem einen Vertragspartner ohnehin schon obliegenden Leistung und verliert somit ihre vertragliche Selbständigkeit. Dieser Fall wird an einer anderen Stelle der Arbeit noch einmal Erwähnung finden.

Jedenfalls wird es wohl heute kaum noch bestritten, daß das hier behandelte Rechtsinstitut ein selbständiger Vertrag im eben dargelegten Sinne ist. In der Praxis wird es allerdings häufig schwierig sein, festzustellen, ob ein selbständiger Garantievertrag oder ein unselbständiges Garantieversprechen vorliegt. Allgemeine Regeln lassen sich hierüber kaum aufstellen. Eine Entscheidung kann vielmehr nur von Fall zu Fall nach eingehender Prüfung aller Einzelheiten getroffen werden.

b) Ein weiteres Kriterium des Garantievertrages bildet die Risikoübernahme für die Unternehmung eines anderen. Beide Begriffe — Risiko und Unternehmung — dürfen hier nicht im landläufigen Sinne verstanden werden, da man sie sonst als nicht-erschöpfend ablehnen müßte. Tatsächlich ist auch die Bezeichnung „Risiko" in der Stammlerschen Definition verschiedentlich angegriffen worden mit dem Hinweis, daß von einem solchen doch nur dann die Rede sein könne, wenn die Gefahr eines Schadens

oder Verlustes bestehe. Es sei aber allgemein anerkannt, daß der Garant auch die Haftung für einen bestimmten Gewinn übernehmen könne, wie dies ja insbesondere bei der sogenannten Dividendengarantie der Fall sei. Aus diesem Grunde hält es z. B. Planck[7] für richtiger, nicht von einem Risiko, sondern von einem „Einstehen für einen bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Erfolg" zu sprechen. Dieser Ausdruck hat jetzt auch häufiger in Rechtsprechung und Rechtslehre Verwendung gefunden.[8] Wienstein[9] wendet sich gegen die Ausdrucksweise von Planck mit dem Bemerken, daß sie ebenfalls unbestimmt sei und die Gefahr einer unzulässigen Ausdehnung des Garantievertrages vermehre. Meines Erachtens ist dies auch richtig. Ich halte es für unbedenklich, wenn man mit Stammler vom Risiko spricht. Man muß dann darunter in diesem Zusammenhang nur die Gefahr des Eintritts einer wirtschaftlich nachteiligen Tatsache verstehen. Damit entfallen die von Planck und anderen erhobenen Bedenken, denn im Regelfalle bedeutet es ja für ein Unternehmen auch schon ein Risiko, wenn kein Gewinn erzielt wird. Letzten Endes wird wohl niemand sein Kapital in ein Unternehmen hineinstecken, ohne damit eine Gewinnerzielung zu beabsichtigen. Die hier in Betracht kommenden Unternehmungen werden also in der Regel auf Erzielung eines Gewinns abgestellt sein, so daß sie auch schon bei dessen Ausbleiben einen Ausfall erlitten hätten. Man muß sich also nur vor Augen halten, daß der Garant für ein Unternehmen haftet, dessen Ausgang einstweilen für die Vertragspartner noch ungewiß ist; er schuldet eine Schadloshaltung; dabei kann der Schaden, den die Unternehmung erlitten hat, ebenso in einem Verlust wie in dem Ausbleiben des erhofften Gewinns bestehen.

Bei der Unternehmung, die gefördert werden soll, kann es sich sowohl um einen auf längere Sicht eingerichteten Geschäftsbetrieb wie auch um eine Einzelhandlung handeln. Gemeint ist damit „jedes zweckbestimmte Unterfangen".[10] Landmann (a. a. O. S. 14) stellt allerdings die Behauptung auf, daß es sich um ein Einzelunternehmen, um ein oder mehrere Einzelgeschäfte, aber nicht um eine Unternehmung im eigentlichen Sinne handeln müsse. Der Garant wolle keinen Zustand sichern, sondern durch seine

---

[7] Planck a. a. O. S. 822.

[8] Staub § 349, Anmerkung 65; Oertmann § 676; RGE Band 61, S. 157.

[9] Wienstein a. a. O. S. 8.

[10] Lanz a. a. O. S. 5.

Garantie ein bestimmtes einmaliges Unternehmen, eine einmalige Handlung des Garantieempfängers sichern. Eine stichhaltige Begründung für diese Ansicht gibt er allerdings nicht. Man kann ihr daher meines Erachtens nicht beipflichten, um so weniger, als dadurch das Anwendungsgebiet des Garantievertrages in unzulässiger Weise eingeschränkt würde. Schon Stammler hat in seinen Untersuchungen darauf aufmerksam gemacht, daß früher vom Staat häufiger solchen Unternehmungen Garantien erteilt wurden, die den Bau und den Betrieb von Eisenbahnen zum Zweck hatten. Häufig wird auch heute noch der Staat, eine Gemeinde oder eine sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaft durch Abschluß von Garantieverträgen solche Unternehmen zu schützen und zu fördern suchen, deren Tätigkeit für die Allgemeinheit von Bedeutung ist. Dabei kann es sich um Schiffahrtsunternehmungen, Gas- und Elektrizitätswerke und ähnliches handeln. Gerade in diesen Fällen zeigt sich die große Bedeutung des Garantievertrages. Wenn man aber der Ansicht Landmanns folgen wollte, müßte man hier das Vorliegen von Garantieverträgen verneinen, da ja nicht nur ein oder mehrere Einzelgeschäfte gesichert werden sollen. Landmann stellt übrigens an der gleichen Stelle die Behauptung auf, daß der Garant seine Verpflichtung sowohl für ein fremdes wie auch für sein eigenes Unternehmen übernehmen könne. Damit steht allerdings seine eigene Begriffsbestimmung des Garantievertrages im Widerspruch, in der er nur von dem Unternehmen eines anderen spricht.[11]

Gleichgültig ist es auch, ob das Unternehmen schon im Gange ist oder durch die Garantie erst ins Leben gerufen werden soll.

An der Begriffsbestimmung von Stammler könnte man allerdings insofern Anstoß nehmen, als er die Forderung erhebt, die geförderte Unternehmung müsse auf Vermögenserwerb gerichtet sein. Dies legt den Gedanken nahe, er habe dabei nur solche Unternehmen im Auge gehabt, die auf einen Erwerb, also auf Erzielung eines Gewinns gerichtet seien. Daß er es nicht so gemeint hat, geht aus einem von ihm selbst gebrachten Beispiel hervor. Danach plant ein Verein für Geflügelzucht in einer Stadt eine Ausstellung, will diese aber nur durchführen, wenn die Stadt die Garantie dafür übernimmt, daß die Unkosten durch das zu erhebende Eintrittsgeld gedeckt werden. Es ist offensichtlich, daß der Verein in diesem Falle mit der Ausstellung keine Erwerbs-

[11] Landmann a. a. O. S. 20.

zwecke im eigentlichen Sinne verfolgt hat. Er kann nur die Ausstellung aus eigenen Mitteln nicht finanzieren und muß daher darauf bedacht sein, einen Ersatz für seine Aufwendungen zu erhalten. Nur aus diesem Grunde erhebt er ein Eintrittsgeld. Da es aber noch ungewiß ist, ob die Besucherzahl auch groß genug sein wird, läßt er sich von der Stadt garantieren, daß er bei der Ausstellung keinen Ausfall erleiden wird. Der Verein will also keinen materiellen Erfolg erzielen, er will nur nichts verlieren. Guggenheim (a. a. O. S. 15) führt dazu zutreffend aus, Stammler habe damit nur sagen wollen, daß das geförderte Unternehmen auf einer materiellen Grundlage beruhen müsse; denn da man etwas Ideelles nicht garantieren könne, müsse die Garantie ziffernmäßig ausdrückbar sein. Es sei eigentlich überflüssig, dies in der Begriffsbestimmung des Garantievertrages ausdrücklich zu erwähnen.

c) Ein weiteres wesentliches Begriffsmerkmal des Garantievertrages erblickt Stammler darin, daß die Garantieübernahme unentgeltlich erfolgen müsse. Eine nähere Begründung hierfür ist er allerdings auch schuldig geblieben. Die Stellungnahme in der Literatur zu dieser Frage ist verschieden: Ein Teil schließt sich der Stammlerschen Definition ohne eigene Stellungnahme an.[12] In den Kommentaren ist dieses Kriterium zum Teil überhaupt aus der Definition des Garantievertrages fortgelassen worden, ohne daß etwas darüber gesagt ist, aus welchem Grunde dies geschehen ist. Andere wieder vertreten die Ansicht, daß es auch entgeltliche Garantieverträge gäbe. Soweit ich sehe, hat als erster Guggenheim[13] eine eingehende Begründung für diese These gegeben. Er lehnt zunächst die häufiger vertretene Ansicht ab, daß man von entgeltlichen Garantieverträgen schon dann reden könne, wenn vereinbarungsgemäß die von dem Garanten an das Unternehmen ausgezahlte Garantiesumme später wieder zurückzuzahlen ist, sobald das Unternehmen wieder rentabel arbeitet. Zutreffend führt er dazu aus, daß die zinslose Rückzahlung der Garantiesumme den Vertrag noch nicht zu einem entgeltlichen Geschäft mache. Von einem entgeltlichen Rechtsgeschäft könne man nur dann sprechen, wenn der Leistung des einen Kontrahenten die Gegenleistung des anderen gegenüberstehe. Rückzahlung sei aber Rückleistung und gerade nicht Gegenleistung; denn sonst wäre ja

[12] Meinrath a. a. O. S. 3; RGE Bd. 90 S. 415.
[13] Guggenheim a. a. O. S. 15 ff.

auch das unverzinsliche Darlehen ein entgeltliches Rechtsgeschäft. Das würde dazu führen, daß man die Begriffe „Unentgeltlichkeit" und „Schenkung" miteinander identifiziert, was zweifellos falsch wäre. Dagegen will Guggenheim den Garantievertrag dann als ein entgeltliches Rechtsgeschäft ansehen, wenn mit der Rückzahlungspflicht noch eine Verzinsungspflicht verbunden ist; denn Zins sei ja nichts anderes als Entgelt für Kapitalüberlassung. Gegen diese Beweisführung wendet sich Priester[14] mit der Begründung, daß von einem Garantievertrage dann nicht mehr die Rede sein könne, wenn eine Zinsvereinbarung getroffen sei. Es käme dann eventuell ein Versicherungsvertrag in Betracht. Nach seiner Ansicht kann in diesem Zusammenhang von Zinsen überhaupt nicht gesprochen werden, da Zinsen Vergütung für Kapitalüberlassung seien, die, auf Bruchteile dieses Kapitals gemessen, im voraus dem Betrage nach fest bestimmt seien. Rechtlich sei das Vorhandensein einer Kapitalschuld die Voraussetzung für die Entstehung der Zinsschuld. Der Garantieempfänger schulde aber dem Garanten kein Kapital. Zahle er eine Vergütung für die Übernahme der Gefahr durch den anderen an diesen, so lasse sich diese höchstens als Versicherungsprämie ansehen. Ich kann dieser Beweisführung von Priester nicht beipflichten. Schon seine Behauptung, der Garantieempfänger schulde dem Garanten kein Kapital, halte ich für unrichtig. Wenn bei einem Garantievertrage zwischen den Parteien eine Rückzahlungsberedung getroffen worden ist, so trifft den Garantieempfänger eine Verpflichtung zur Rückerstattung des von dem Garanten gezahlten Garantiebetrages. Dem Garantieempfänger ist zwar die Rückerstattungspflicht nur unter der Bedingung auferlegt, daß das Unternehmen eines Tages wieder gewinnbringend arbeitet. Dadurch wird aber an der Tatsache nichts geändert, daß dann eine Kapitalschuld vorhanden ist. Infolgedessen ist auch die Entstehung einer Zinsschuld möglich, sodaß man zutreffendenfalls einen entgeltlichen Garantievertrag annehmen muß. In einem solchen Falle einen Versicherungsvertrag annehmen zu wollen, halte ich schon deshalb für verkehrt, weil zwischen Garantievertrag und Versicherungsvertrag ganz erhebliche Wesensunterschiede bestehen, worauf an einer anderen Stelle der Arbeit noch näher eingegangen wird. Im Anschluß an Leonhard[15] erwähnt Landmann ein weiteres Beispiel für einen

---

[14] Priester a. a. O. S. 11. [15] Leonhard a. a. O. § 165.

entgeltlichen Garantievertrag. In diesem Falle sind den Garanten für die von ihnen übernommene Garantie, daß bei einer Theatervorstellung kein Ausfall entstehen werde, Vorzugsplätze im Theater eingeräumt worden. Unzweifelhaft handelt es sich hier um eine Gegenleistung, also um Entgeltlichkeit. Landmann wirft nun die Frage auf, ob ein Garantievertrag oder ein Versicherungsvertrag vorliege, und lehnt den letzteren mit dem Hinweis darauf ab, daß bei ihm für einen Schaden gehaftet werde, während beim Garantievertrag für einen Ausfall eingestanden werden müßte. Ich halte die Ansicht Landmanns, daß kein Versicherungsvertrag, sondern ein Garantievertrag anzunehmen ist, für richtig, wenn mir auch seine Begründung nicht stichhaltig erscheint. Wie bereits erwähnt, ergeben sich die Gründe für die hier vertretene Ansicht ohne weiteres aus der später erfolgten Abgrenzung des Garantievertrages vom Versicherungsvertrage.

Jedenfalls wird meines Erachtens durch die Vereinbarung eines Entgelts das Wesen des Garantievertrages nicht berührt. Die vom Garantieempfänger übernommene bedingte Rückerstattungspflicht ist als eine Nebenverpflichtung der Garantieverpflichtung anzusehen. Infolgedessen ist auch die Verzinsungspflicht eine Nebenverpflichtung, durch die der Charakter des Garantievertrages nicht verletzt wird. Zusammengefaßt ergibt sich, daß ein Garantievertrag dann vorliegt, wenn jemand ein fremdes Unternehmen dadurch unterstützt, daß er das mit demselben verbundene Risiko ganz oder in bestimmter Höhe übernimmt.

§ 2: Arten des Garantievertrages

Es war bereits die Rede davon, daß es auch verbundene Garantieverträge gibt. Den Gegensatz dazu bilden nicht die selbständigen, sondern die unverbundenen Garantieverträge. Das Vorkommen von verbundenen Garantieverträgen hat Wienstein [16] bestritten mit dem Bemerken, daß man durch Anerkennung des Garantievertrages als gemischten Vertrag dessen Wesen verkenne; es handele sich in solchen Fällen nur um besondere Abreden des Hauptvertrages. Diese Ansicht wird von verschiedenen Autoren bekämpft. [17] Sehr überzeugend wirkten auf mich die Ausführungen von Guggenheim, der in einer eingehenden Stellungnahme die

[16] Wienstein a. a. O. S. 7. [17] z. B. Meinrath a. a. O. S. 5.

Auffassung von Wienstein widerlegt. Zusammenfassend argumentiert er folgendermaßen: Er geht aus von dem bei Stammler erwähnten Beispiel, in dem eine Stadtgemeinde einen Arzt gegen festes Gehalt anstellen will und den Bewerber zur Annahme der gering bezahlten Stelle dadurch bewegt, daß sie ihm eine Nebeneinnahme aus seiner Privatpraxis in bestimmter Höhe garantiert. Um das Rechtsverhältnis völlig dem Privatrecht zu unterstellen, läßt er an die Stelle der Stadt einen Fabrikanten treten, der einen Fabrikarzt zu den eben erwähnten Bedingungen anstellt. Wienstein will nun diesen Vertrag dahingehend auslegen, daß ein festes Gehalt vereinbart sei mit der Bedingung, daß das Gehalt erhöht werde, wenn die Privateinnahmen des Arztes nicht eine bestimmte Höhe erreichen sollten. Mit Recht hält Guggenheim diese Auslegung für gekünstelt. Sie entspricht weder dem Sachverhalt noch den Absichten der Parteien. Der Fabrikant will ja gerade eine Gehaltserhöhung vermeiden und hofft dies auf dem Umwege über seine Garantiezusage zu erreichen. Er rechnet gerade damit, daß die Einnahmen, die der Arzt aus seiner Privatpraxis ziehen wird, hoch genug sein werden, sodaß er selbst weiter nicht in Anspruch genommen wird. Ganz richtig weist Guggenheim darauf hin, daß Gehalt eine Gegenleistung für eine Tätigkeit sei. Diese Überlegung führe dazu, daß sich eine Gehaltserhöhung als Gegenleistungszuwachs darstellen müsse. Ihr müßte also eigentlich auf der anderen Seite eine erhöhte Tätigkeit des Arztes für den Fabrikanten entsprechen. Hier sei aber gerade das Gegenteil der Fall. Die „Gehaltserhöhung" sei ja gerade für den Fall vereinbart worden, daß der Arzt nicht genügend von Privatpatienten in Anspruch genommen werde, also für Fälle, die außerhalb seiner Tätigkeit für den Fabrikanten liegen. Außerdem sei es ja auch durchaus denkbar, daß das Einkommen des Arztes aus seiner Privatpraxis, dessen Höhe garantiert sei, das von dem Fabrikanten gezahlte Gehalt um ein Vielfaches übersteige. Auch dies sei doch ganz ungewöhnlich und spreche gegen Wiensteins Theorie. Ich kann mich der Beweisführung Guggenheims nur vollkommen anschließen. Die Auslegung des Vertragsverhältnisses bereitet dann gar keine Schwierigkeiten, wenn man das Vorliegen eines verbundenen Garantievertrages bejaht. Für seine Tätigkeit im Dienste des Fabrikanten erhält der Arzt sein festes Gehalt. Bei dessen geringer Höhe würde kein tüchtiger Arzt die Stellung annehmen. Auf der anderen Seite kann oder will der Fabrikant für diesen

Posten nicht mehr aufwenden und ist deshalb auf den Ausweg verfallen, mit dem Arzt noch zusätzlich einen innerlich selbständigen Garantievertrag abzuschließen, in dem er ihm ein bestimmtes Einkommen aus seiner Privatpraxis garantiert. Die Zusammenfassung dieser beiden völlig selbständigen Abmachungen in einem Vertrage ist also nur auf die Gemeinsamkeit des äußeren Anlasses zurückzuführen. Schon an diesem Beispiel zeigt sich die Unhaltbarkeit der von Wienstein vertretenen Auffassung. Da der Nachweis, daß der Garantievertrag ein selbständiger Vertrag ist, bereits an anderer Stelle geführt worden ist, ist somit auch die Möglichkeit von verbundenen Garantieverträgen bewiesen.

Bevor auch die Unterscheidung zwischen Garantieverträgen und den unselbständigen Garantieversprechen eingegangen wird, soll nur kurz eine andere Einteilung der Garantieverträge gestreift werden, die auf eine Theorie von Foerster zurückzuführen ist. Foerster[18] ist in einer Abhandlung über den Kreditauftrag zu dem Ergebnis gekommen, daß dieser ein Fall des Garantievertrages sei, und zwar gehöre er zu der Gruppe der von ihm sogenannten „Forderungsgarantieverträge". Ein solcher Forderungsgarantievertrag liegt nach seiner Ansicht dann vor, wenn jemand die Gefahr der Nichterfüllung einer Schuld übernimmt. Dieser Gruppe stellt er die sog. Schuldgarantieverträge gegenüber. Einen Vertrag der zuletzt genannten Gruppe will Foerster dann als vorliegend ansehen, wenn jemand die Gefahr der Notwendigkeit der Erfüllung einer Schuld übernimmt oder, anders ausgedrückt, wenn jemand dem Schuldner eines anderen zusichert, daß er durch die Erfüllung seiner Verbindlichkeit keinen Schaden erleiden werde. Meines Erachtens ist schon der Ausgangspunkt der Foersterschen Einteilung verkehrt. Es wird noch an einer anderen Stelle der Arbeit nachgewiesen werden, daß der Kreditauftrag und der Garantievertrag ganz verschiedene Rechtsinstitute sind, die miteinander nichts zu tun haben. Davon ganz abgesehen besteht zu einer Unterscheidung der Garantieverträge in Forderungs- und Schuldgarantieverträgen gar keine Notwendigkeit. Im übrigen erscheint es mir unrichtig, wenn Foerster in die Definition des Garantievertrages die Begriffe „Art" oder „Wesen" des unterstützten Unternehmens aufnehmen will. Es wurde be-

---

[18] Foerster: „Der Kreditauftrag, eine Studie nach römischem und neuem bürgerlichen Recht" 1903.

reits erwähnt, daß es für den Garantievertrag auf die Art der Unternehmung gar nicht ankommt. Durch die Einführung solcher Begriffsmerkmale wird meines Erachtens nichts gewonnen. Sie sind eher geeignet, zu Irreführungen und Verwechslungen Anlaß zu geben.

§ 3: Die Abgrenzung des Garantievertrages von der Gewährleistung sowie von den unselbständigen Garantiezusagen

I. Es ist eine im täglichen Leben häufig zu beobachtende Erscheinung, daß die Begriffe „garantieren" und „gewährleisten" miteinander gleichgesetzt werden und infolgedessen häufig dort Verwendung finden, wo sie nach ihrer wahren Bedeutung nicht hingehören. Nicht nur dem Laien, sondern selbst Juristen unterläuft häufig dieser Fehler, wobei sie völlig übersehen, daß beide Begriffe etwas ganz Verschiedenes ausdrücken. Dieser Fehler hat sich schon so sehr eingebürgert, daß man bereits „gesetzliche" und „vertragliche" Garantie einander gegenübergestellt hat. [19]

Dabei soll unter der ersteren die gesetzlich geregelte Zusage bezw. Zusicherung beim Kauf verstanden werden, während mit der letzteren der hier behandelte Garantievertrag gemeint sein soll. Es ist klar, daß eine derartige Verwechselung der Begriffe häufig zu Irrtümern Anlaß geben muß. Eine klare Abgrenzung beider erscheint daher notwendig.

An keiner Stelle unseres Gesetzes befindet sich eine Definition des Begriffes der Gewährleistung. Auch hat der Gesetzgeber von einer einheitlichen Regelung der Gewährleistung abgesehen und behandelt sie nur erforderlichenfalls bei den einzelnen Rechtsinstituten. Am deutlichsten tritt der Begriff der Gewährleistung in der Regelung des Kaufrechts hervor, die daher hier zur Untersuchung herangezogen werden soll.

Das Gesetz hat dem Verkäufer die Verpflichtung zur Verschaffung des lastenfreien Eigentums (§ 434 BGB), aber nicht zur Übergabe einer mangelfreien Sache oder zur späteren Nachbesserung einer mangelhaften Sache auferlegt. Auf den ersten Blick berührt diese Regelung vielleicht merkwürdig, sie läßt aber den Unterschied zwischen Gewährleistungs- und Erfüllungspflicht klar hervortreten.

---

[19] Roos a. a. O. S. 7.

Erfüllungspflicht bedeutet die Verpflichtung, einen vertraglich oder gesetzlich festgelegten Erfolg herbeizuführen. Dagegen bedeutet Gewährleistungspflicht die Haftung für einen Erfolg oder einen Zustand, das Vorhandensein einer Eigenschaft oder das Eintreten einer Tatsache. Durch sie wird im Gegensatz zur Erfüllungspflicht nicht die Verpflichtung zur Herbeiführung dieses Zustandes begründet. Demnach hat also der Verkäufer, der eine mangelhafte Sache übertragen hat, seine Verpflichtung erfüllt. Dieses ergibt sich schon daraus, daß dem Käufer, dem die mangelhafte Sache übertragen wurde, weder ein Anspruch auf Ersatzlieferung einer anderen, mangelfreien Sache noch ein Anspruch auf Nachbesserung der mangelhaften Sache und schließlich auch nicht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Falle des Unvermögens zusteht; denn da der Schadenersatz als sekundäre Verpflichtung an die Stelle der primären Leistungspflicht tritt, kann er hier nicht in Betracht kommen, da ja der Käufer keinen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien an Stelle der gelieferten mangelhaften Sache hat. Der Grund für diese zunächst merkwürdig anmutende Regelung ergibt sich aus dem Sinn des Kaufvertrages. Man hat hierzu festgestellt, daß der Händler ja gar nicht in der Lage sei, Reparaturen vorzunehmen, da er kein Handwerker ist. Er will also die Sache in dem Zustand verkaufen, in dem sie sich befindet.

Da also derjenige Verkäufer, der eine mangelhafte Sache geliefert hat, damit auch erfüllt hat, ständen rechtlich dem Käufer keine Ansprüche — weder ein Erfüllungs-, noch ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung — mehr zu. Es ist klar, daß man damit zu ganz unbilligen und unhaltbaren Ergebnissen kommen müßte. Denn die würde ja bedeuten, daß der Käufer, der ohne Kenntnis des wahren Sachverhalts eine mangelhafte Sache gekauft hat, genau so gestellt wäre, wie wenn es sich um eine mangelfreie Sache gehandelt hätte. Das Gesetz hat ihm daher als Ausgleich die Möglichkeit gegeben, zu wandeln oder zu mindern. Diese Folgen knüpft das Gesetz an die bloße tatsächliche Inäquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung. Es handelt sich also dabei lediglich um ein Ausgleichsrecht. Durch die Gewährleistung ist nur ein Ausgleich geschaffen, obwohl nichts geschuldet wird.

Wie liegen nun die Dinge bei dem hier behandelten Garantievertrage? Welches ist sein Rechtsgrund, trifft den Garanten eine Erfüllungs- oder eine Gewährleistungspflicht?

Wie wir früher sahen, hat der Garant sich vertraglich zur Risikoübernahme verpflichtet, d. h. den Garanten trifft die Verpflichtung, einen Ausgleich regelmäßig durch Geldersatz zu schaffen, wenn der garantierte Zustand nicht eintritt, sei es, daß das Unternehmen keinen Gewinn abgeworfen oder einen Verlust erlitten hat. Das ist aber eine reine Erfüllungspflicht. Die Grundlage des Garantievertrages bildet somit die Erfüllungspflicht.

Dadurch ergibt sich die Möglichkeit, den Garantievertrag von den im Geschäftsleben, insbesondere in Kaufverträgen der technischen Industrie häufig vorkommenden Zusicherungen abzugrenzen. Den Rechtsgrund für die letzteren bildet die Gewährleistung. Häufig wird es sich lediglich darum handeln, daß der Verkäufer eine über das gesetzliche Maß hinausgehende Gewährleistungspflicht übernimmt. Ganz anders ist es bei den echten Garantieverträgen: Den Rechtsgrund für diese bildet die Erfüllungspflicht.

II. Schließlich muß — wie bereits an einer anderen Stelle dieser Arbeit betont wurde — der hier zur Untersuchung stehende Garantievertrag noch von den Fällen abgegrenzt werden, in denen die Risikoübernahme nicht den Inhalt eines selbständigen Vertrages bildet, sondern nur die Zwecke eines anderen, nämlich des Hauptvertrages verfolgt. Ein Beispiel dafür bringt Stammler (S. 5), wobei er übrigens fälschlich von einem „Gewährleistungs"-Versprechen redet. Einem Schauspieler ist für sein Auftreten bei einem Gastspiel ein bestimmter Prozentsatz des Reinertrages der Vorstellung zugesagt worden. Es wird ihm aber ein genau festgesetzter Betrag als Minimum garantiert (sog. Einnahmengarantie). Hier bildet die Risikoübernahme nur eine besondere Form der Verpflichtung, die dem einen Kontrahenten aus einem Vertragsverhältnis sowieso schon obliegt. Die Garantiezusage ist also ganz im Rahmen und zum Zwecke des Hauptvertrages erfolgt, in dem sie aufgeht und ihre Selbständigkeit verliert.

Es wird in der Praxis natürlich nicht immer leicht sein, solche unselbständigen Garantieversprechen von den früher erwähnten verbundenen Garantieverträgen zu unterscheiden. Allgemeine Regeln lassen sich hierüber wohl kaum aufstellen. Vielmehr wird die Entscheidung des konkreten Falles nur nach sorgfältiger Prüfung der einzelnen Umstände möglich sein.

2. ABSCHNITT

Vergleichende Darstellung der mit dem Garantievertrag verwandten Rechtsinstitute

Um eine unzulässige Ausdehnung des Anwendungsgebietes des Garantievertrages zu vermeiden, ist es unerläßlich, diese Vertragsart von anderen Rechtsinstituten scharf abzugrenzen, die eine Ähnlichkeit oder gewisse Verwandtschaft mit ihm aufweisen. Neben einer Reihe anderer Vertragsarten kommen hier in erster Linie die Bürgschaft und der Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme) in Betracht. Die begriffliche Gleichheit dieser drei Vertragsarten — Garantievertrag, Bürgschaft und Schuldbeitritt — besteht darin, daß alle drei einem Gläubiger für einen zu besorgenden Verlust Sicherheit gewähren sollen.

Gemeinsam ist der Bürgschaft und dem Schuldbeitritt, daß bei ihnen für eine fremde Verbindlichkeit eingetreten wird, während beim Garantievertrag das Risiko für ein fremdes Unternehmen übernommen wird.

Dem Garantievertrag und dem Schuldbeitritt ist — abgesehen von ihrer Formfreiheit — gemeinsam, daß bei ihnen die Verpflichtung selbständig und unabhängig von der fremden Schuld ist und besteht, während sie bei der Bürgschaft von der fremden Schuld abhängig ist. Darüber nun im einzelnen.

§ 4: Bürgschaft und Garantievertrag

Vorauszuschicken ist, daß der Garantievertrag nur dann eine Verwandtschaft mit der Bürgschaft aufweist, wenn das Unternehmen, dessen Risiko der Garant auf sich nimmt, eine Forderung und deren Eingang ist.

Von den drei eben erwähnten Vertragsarten hat lediglich die Bürgschaft eine gesetzliche Regelung gefunden. Die Begriffsbestimmung der Bürgschaft ergibt sich aus § 765 BGB. Danach ist Bürge derjenige, der sich gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Es sind also drei Merkmale für die Bürgschaft wesentlich: Durch die Bürgschaft wird der Bürge zu einer fremden

Schuld — der Hauptschuld — in Beziehung gesetzt, also zu einem fremden Schuldverhältnis, aus dem ein Dritter dem Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet ist.

Ferner muß sich der Bürge dem Gläubiger der Hauptschuld gegenüber verpflichten. Übernimmt er seine Verpflichtung lediglich gegenüber dem Hauptschuldner, so wird dadurch jedenfalls keine Bürgschaft begründet.

Schließlich übernimmt der Bürge die Verpflichtung nur zum Einstehen für die Erfüllung der Hauptschuld. Daraus ergibt sich zweierlei: Einmal geht daraus hervor, daß der Bürge nicht wie der Hauptschuldner ein Leisten schuldet, sondern nur ein Einstehen für dessen Leisten. Seine Verpflichtung ist also subsidiär. Zum anderen folgt daraus, daß der Bürge sich nicht zur Erfüllung der Hauptschuld verpflichtet; denn „Einstehen für die Erfüllung der Hauptschuld bedeutet nicht Einstehen für die Hauptschuld selbst". Die Bürgenverpflichtung unterscheidet sich von der Schuld des Hauptschuldners nicht nur durch ihren selbständigen Entstehungsgrund, sondern auch durch ihren selbständigen Inhalt. Die Bürgschaftsverpflichtung hat die Haftung des Bürgen für das pflichtgemäße Verhalten, also die Haftung für die Person des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger zum Inhalt. Da aber eine derartige Haftung nur dann möglich ist, wenn der Hauptschuldner zur Leistung verpflichtet ist, so ist das Bestehen einer gültigen Hauptschuld, die der Bürgschaftsverpflichtung als Grundlage für deren Bestand und Umfang dient, Voraussetzung für die Bürgschaft. Die Bürgschaftsverpflichtung ist also akzessorisch, d. h. sie ist von der Hauptschuld und deren rechtlichen Schicksalen abhängig. Das Gesetz durchbricht diesen Grundsatz der Akzessorietät allerdings in vier Fällen:

§ 767 Abs. 1 Satz 3 BGB läßt die Bürgschaftsverpflichtung durch eine rechtsgeschäftliche Erweiterung, die nach der Bürgschaftsübernahme durch den Hauptschuldner erfolgt, unberührt.

§ 768 Abs. 2 BGB bestimmt, daß der Bürge durch einen Verzicht des Hauptschuldners auf eine Einrede diese noch nicht verliert.

Dagegen nimmt es ihm durch die Bestimmung des § 768 Abs. 1 S. 2 BGB die dem Erben erwachsene Einrede der beschränkten Erbenhaftung.

Schließlich kann sich der Bürge gemäß den §§ 193 KO, 82 Abs. 2 Vgl. O. v. 26. 2. 35 nicht auf einen dem Hauptschuldner

im Konkurs- oder Vergleichsverfahren gewährten Zwangsvergleich berufen.

Diese Ausnahmen erklären sich aber ohne weiteres aus dem Sinn und Zweck der Bürgschaft. Die beiden ersten sind als reine Schutzbestimmungen für den Bürgen gedacht, durch die es dem Hauptschuldner unmöglich gemacht wird, die Bürgschaftsverpflichtung beliebig zu verschärfen. Dagegen dienen die beiden zuletzt erwähnten Ausnahmen dem Schutz des Gläubigers. Der Zweck der Bürgschaft ist es, den Gläubiger vor Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen. Dieser Zweck könnte aber dann nicht mehr erreicht werden, wenn es dem Bürgen gestattet wäre, nach dem Tode des Hauptschuldners den Gläubiger auf den unzulänglichen Nachlaß zu verweisen oder bei einem Zwangsvergleich die Erleichterungen für sich zu beanspruchen, die lediglich dem Hauptschuldner zugestanden worden sind. An dem Grundsatz der Akzessorietät wird aber durch diese Ausnahmen nichts geändert.

Daraus ergeben sich schon die Unterschiede, die zwischen Bürgschaft und Garantievertrag bestehen. Es wurde bereits erwähnt, daß beide Rechtsinstitute das Eine gemeinsam haben: Der Bürge wie der Garant sichert nur den Gläubiger; in diesem Sinne sind die Verpflichtungen aus dem Garantievertrag und aus der Bürgschaft subsidiär. Während sich aber die Bürgschaftsverpflichtung an eine fremde Schuld anlehnt, streng akzessorisch ist, besteht ein wesentliches Merkmal des Garantievertrages gerade darin, daß die Verbindlichkeit des Garanten völlig selbständig ist. Dabei ist selbstverständlich vorausgesetzt, daß eine Forderung überhaupt bestehen muß, denn man kann nicht etwas garantieren, das gar nicht existiert.

Dazu kommt weiter noch, daß der Garantievertrag zwischen Garant und Unternehmer abgeschlossen wird, im Gegensatz zur Bürgschaft, die ein Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger begründet. Der Bürge steht für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit ein, während durch den Garantievertrag eine eigene Schuld begründet wird. Es war bereits erwähnt worden, daß der Bürge für ein pflichtgemäßes Handeln des Hauptschuldners, also für dessen Person einsteht. Der Bürge bezweckt die Schadloshaltung des Vermögensbestandes des Gläubigers, will also dessen Person sicherstellen. Dagegen ist die Zwecksatzung des Garantievertrages auf die Sicherung des Unternehmens selbst

gerichtet. Enneccerus[20] weist noch darauf hin, daß es auch nach dem natürlichen Empfinden ein großer Unterschied sei, ob jemand für eine Schuld, die er als fremde ansieht und deren Erfüllung er von dem Schuldner erwartet, einstehen wolle, ob er eine zu dieser hinzutretende, von ihr abhängige Verbindlichkeit übernehmen wolle, oder ob er den Gläubiger gegen allen Schaden sichern wolle, den dieser erleiden sollte, falls die Forderung nicht eingeht, ob er also ihm gegenüber eine selbständige, von der ursprünglichen Schuld ganz unabhängige Verpflichtung übernehmen wolle. Im ersteren Falle rechne er damit, daß der Schuldner seiner Verpflichtung selbst nachkommen werde, er wolle selber grundsätzlich nichts Endgültiges leisten, letzteren Falls sei er sich darüber klar, daß er auf alle Fälle für den Schaden des Gläubigers aufkommen müsse. Zu einer derartigen Haftung werde man sich grundsätzlich nur entschließen, wenn eigene sachliche Interessen vorherrschend seien, während die Verbürgung regelmäßig ein Akt des Altruismus sei.[21]

Ob dem letzteren Gesichtspunkt in jedem Falle praktische Bedeutung beigemessen werden kann, erscheint mir sehr fraglich. Zwar kann es so sein, es wird sogar häufig so sein. Aber es kann auch ebensogut vorkommen, daß die Bürgschaft nicht aus altruistischen Motiven, sondern aus einem unmittelbaren sachlichen Eigeninteresse des Bürgen heraus übernommen worden ist.

Damit kommen wir zu der Frage, woran man im Einzelfall erkennen kann, ob eine Bürgschaft oder ein Garantievertrag anzunehmen ist. Es wird kaum möglich sein, hierfür allgemeine Regeln aufzustellen. So viel ist jedoch sicher, daß die von den Parteien gebrauchten Ausdrücke nicht maßgebend sind. Jedenfalls können sie bei der Unklarheit, die über diese beiden Begriffe vielfach noch herrscht, nicht allein entscheidend sein, vielmehr müssen immer die besonderen Umstände des konkreten Falles Berücksichtigung finden. Vor allem wird also unbedingt der Versuch gemacht werden müssen, klarzustellen, wie die Parteien über ihre Stellung im Schuldverhältnis dachten, ob also nach ihrer Ansicht eine unselbständige und abhängige Verpflichtung oder eine selbständige und unabhängige Verpflichtung begründet werden sollte. Für diese Feststellung können häufig die bereits erwähn-

---

[20] Enneccerus II, § 194, Abs. 2, S. 625.

[21] Vgl. auch RGE Bd. 90 S. 415 ff.

ten, von Enneccerus angeführten Merkmale eine Rolle spielen, aber sie sind auch nicht immer als absolut sichere Zeichen zu werten. So vertritt auch das Reichsgericht die Ansicht, daß im „Zweifel", also wenn nicht festzustellen ist, was die Parteien wollten und meinten, immer eine Bürgschaft anzunehmen ist.[22]

Wir hatten vorhin gesehen, daß zwischen Garantievertrag und Bürgschaft ganz erhebliche Unterschiede bestehen, ja, daß sie sogar in vieler Hinsicht ihrem eigentlichen Wesen nach miteinander gar nichts zu tun haben. Daher ist es auch ausgeschlossen, die Regeln des Bürgschaftsrechtes auf den Garantievertrag analog anzuwenden. Vielmehr folgt der Garantievertrag seinen eigenen Regeln, die sich aus seinem Wesen ergeben. Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Tatsache, daß der Garantievertrag an keine Form gebunden ist.[23] Die Gründe hierfür werden noch an einer anderen Stelle der Arbeit dargelegt werden.

Auch sonst können die Vorschriften des Bürgschaftsrechtes auf den Garantievertrag keine Anwendung finden, sodaß also Inhalt, Umfang und Bestand der Garantiepflicht dem in dem Vertrage ausgedrückten Parteiwillen entnommen werden muß. Selbstverständlich unterliegt auch der Garantievertrag den allgemeinen Regeln des Schuldrechts. Es darf sich bei ihm z. B. nicht um eine sittenwidrige oder verbotene Leistung handeln.[24]

An dieser Stelle soll nur kurz eine besondere Abart der Bürgschaft Erwähnung finden, die mit dem Garantievertrag in noch stärkerem Maße verwandte Züge aufweist als der Normalfall der Bürgschaft, und die deshalb auch von manchen Autoren dem Garantievertrag zugerechnet wird, nämlich die sogenannte Schadlosbürgschaft. Darunter versteht man den Fall, daß sich jemand nicht für die Schuld schlechthin verbürgt, sondern nur für den Ausfall, den der Gläubiger bei dem Schuldner erleidet. Daß man sie vielfach fälschlich für einen Garantievertrag gehalten hat, hat unter anderem seinen Grund auch darin, daß die Schadlosbürgschaft im BGB nicht geregelt ist.

So hat vor allem Cosack[25] die Ansicht vertreten, die Schadlosbürgschaft sei gar kein Fall der echten Bürgschaft, da bei ihr „nicht positiv für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit, sondern nur für den Schaden, der dem Gläubiger durch die Nicht-

[22] Vgl. RGE Bd. 90 S. 415.
[23] Vgl. RGE Bd. 61 S. 157.
[24] L. Z. 1913 938.
[25] Cosack Bd. 1 § 158.

erfüllung der fremden Verbindlichkeit entsteht," eingestanden werde. Auch nach Cosacks Ansicht knüpft also die Bürgenverpflichtung an eine fremde Verbindlichkeit an. Demnach ist sie also akzessorisch und kann daher auch nicht als ein Unterfall des Garantievertrages angesehen werden, da Akzessorietät dem Garantievertrag wesensfremd ist. Die Schadlosbürgschaft ist also nur ein Sonderfall der echten Bürgschaft und unterscheidet sich von dem Regelfall der Bürgschaft in erster Linie dadurch, daß bei der Schadlosbürgschaft die Einrede der Vorausklage auf Parteivereinbarung und nicht auf Gesetz beruht und diese Einrede vertraglich noch erweitert ist.[26]

§ 5: Garantievertrag und Schuldbeitritt

Es wurde bereits betont, daß der Schuldbeitritt ebenso wie der Garantievertrag in unserem Gesetz keine Regelung erfahren hat. Als Schuldbeitritt kann man denjenigen Vertrag bezeichnen, dessen Inhalt darin besteht, daß sich jemand selbständig und unabhängig von der Urschuld verpflichtet und durch Übernahme der Schuld als eigene neben den bisherigen Schuldner tritt. Der Schuldbeitritt unterscheidet sich also schon dadurch von der Bürgschaft, daß der Beitretende nicht wie der Bürge nur eine von der Hauptschuld abhängige Verpflichtung übernimmt, sondern selbständig und ebenso haftet, als wenn er die Schuld selbst eingegangen wäre. Infolgedessen kann auch die Formvorschrift des § 766 BGB auf den Schuldbeitritt ebensowenig Anwendung finden, wie die sonstigen Vorschriften über die Bürgschaft.[27] Denn dem Schuldbeitritt fehlt ja das hauptsächlichste Wesensmerkmal der Bürgschaft, die Akzessorietät.

Durch den Schuldbeitritt wird für den neuen Schuldner echte Schuldnerlast begründet. Der Urschuldner und der Schuldübernehmer haften als Gesamtschuldner; der Beitretende kann auch nicht dem Gläubiger gegenüber einwenden, er wolle nur solange und insoweit Schuldner sein, als es auch der Urschuldner sei. Allerdings gilt auch hier das Gleiche, was bereits an einer anderen Stelle für den Garantievertrag festgestellt wurde: eine Urschuld muß zur Zeit der Übernahme bestehen, denn es ist nicht vorstellbar,

---

[26] Planck Bd. 2 § 773 Anm. 8.
[27] Enneccerus II § 194 I S. 623.

daß ein Nichts übernommen wird. Anders ist es dann, wenn die Hauptschuld noch nicht besteht; denn es ist durchaus denkbar, daß eine künftige Schuld übernommen wird. Diese Einschränkung macht aber den Schuldbeitritt ebensowenig wie den Garantievertrag zu einem akzessorischen Rechtsgeschäft.

Schuldbeitritt und Garantievertrag unterscheiden sich voneinander einmal dadurch, daß der Beitretende eine ihm bis dahin fremde Schuld übernimmt und damit eine Verpflichtung begründet, die von der Urschuld zum mindesten hinsichtlich ihrer Entstehung abhängig ist. Die Verpflichtung des Garanten dagegen ist völlig selbständig, von einer fremden Schuld auch dem Entstehungsgrunde nach ganz unabhängig. So wird auch durch den Garantievertrag kein Gesamtschuldverhältnis begründet, wie dies bei dem Schuldbeitritt der Fall ist. Da der Beitretende und der Urschuldner aus dem gleichen Schuldgrund zur gleichen Leistung verpflichtet sind, sind sie Gesamtschuldner, und der Gläubiger ist infolgedessen gemäß § 421 BGB berechtigt, die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder teilweise zu fordern.

Außerdem ist die Verpflichtung des Beitretenden stets auf Erfüllung gerichtet, während die des Garanten auf Erstattung des Schadens oder des ausgebliebenen Gewinns geht.

Guggenheim[28] hebt mit Recht hervor, daß der Schuldbeitritt der Bürgschaft näher stehe als dem Garantievertrag. Die Bürgschaft steht zwischen den beiden anderen Rechtsinstituten: Denn hat der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet — was wohl in der Praxis der häufigste Fall sein dürfte —, so ähnelt seine rechtliche Stellung stark der des Schuldübernehmers. Dagegen nähert sich die Schadlosbürgschaft mehr dem Garantievertrag.

§ 6: Gegenüberstellung von sonstigen, dem Garantievertrag nahestehenden Vertragsarten

Außer der Bürgschaft und dem Schuldbeitritt gibt es noch verschiedene andere Rechtsinstitute, die mit dem Garantievertrag manche verwandte Züge aufweisen. Diese und vor allem die Unterscheidungsmerkmale, die diese Vertragstypen von dem Garantievertrag abgrenzen, sollen im folgenden kurz geschildert werden.

---

[28] Guggenheim a. a. O. S. 66.

I. Der Kreditauftrag. Bereits an einer anderen Stelle der Arbeit war darauf hingewiesen worden, daß Förster[29] den Kreditauftrag als eine Unterart des Garantievertrages bezeichnet hat und daran anknüpfend zu seiner hier abgelehnten Einteilung der Garantieverträge in Forderungs- und Schuldgarantieverträge gekommen ist. Windscheidt[30] hat sogar den Kredit- oder Garantieauftrag als den „Hauptanwendungsfall des Garantievertrages" bezeichnet. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden.

Ein Kreditauftrag liegt nach dem Gesetz (§ 778 BGB) dann vor, wenn jemand einen anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben. Daraus geht hervor, daß der Kreditauftrag als ein Auftrag anzusehen ist und daher auch im allgemeinen den für den Auftrag aufgestellten Normen untersteht. Er weist nur die eine Besonderheit auf, daß der Kreditauftraggeber nach Annahme und Ausführung des Auftrages dem beauftragten Kreditgeber als Bürge haftet. Daraus folgt, daß die Normen des Bürgschaftsrechtes insoweit zur Anwendung kommen, als es sich um Umfang und Inhalt der Haftung, um den Anspruch auf Befreiung oder die Beendigung des Rechtsverhältnisses und schließlich um die Einreden handelt.[31] Anders ausgedrückt bedeutet dies, daß die Verpflichtung des Kreditauftraggebers akzessorisch ist. Da aber — wie bereits nachgewiesen wurde — Akzessorietät dem Garantievertrage wesensfremd ist, so entfällt schon damit die Möglichkeit, den Kreditauftrag als eine Abart des Garantievertrages anzusehen.

Aber auch aus weiteren Gesichtspunkten ergibt sich die Unhaltbarkeit der Windscheidtschen und vor allem der Försterschen Lehre. Schon die Behauptung Försters, der Kreditaufgeber lasse sich bei der Erteilung des Kreditauftrages von der Absicht leiten, den Beauftragten zu sichern, stimmt sicher nicht mit den Tatsachen überein. Vielmehr will der Kreditauftraggeber lediglich den Dritten kreditfähig machen. Er erreicht dies dadurch, daß er seinen eigenen Kredit einsetzt. Der Dritte erhält dann seinen Kredit, ohne daß der Auftraggeber seine eigenen Mittel in Anspruch zu nehmen braucht. Der beauftragte Kreditgeber aber ist im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Dritten dadurch gesichert,

---

[29] Förster: Der Kreditauftrag. Leipzig.
[30] Windscheidt/Kipp a. a. O. S. 817.
[31] Vgl. Enneccerus II § 193, 4.

daß er sich in diesem Falle an den Auftraggeber halten kann. Der Auftraggeber handelt lediglich im Interesse des Dritten. Der Sicherungszweck ist für ihn nur von untergeordneter Bedeutung.

Ganz anders liegen die Dinge beim Garantievertrag. Wir sahen bereits, daß der Garant durch seine Risikoübernahme ein fremdes Unternehmen unterstützen und fördern will. Es kommt dem Garanten nicht oder wenigstens nicht in erster Linie darauf an, das Unternehmen dadurch kreditfähig zu machen. Er will nur das Unternehmen vor einem Schaden oder einem Ausfall bewahren. Beim Garantievertrag steht also der Sicherungszweck im Vordergrund.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß der Kreditauftrag ein zweiseitig verpflichtender Vertrag ist; hat der Beauftragte den Auftrag angenommen, so ist er damit auch zur Kreditgewährung verpflichtet. Im Gegensatz dazu ist nach herrschender Lehre der Garantievertrag insofern ein einseitiger Vertrag, als der Garantieempfänger dadurch nicht zur Ausführung oder Weiterführung des Unternehmens verpflichtet wird.

Kurz erwähnt sei noch folgender Fall, bei dem die Meinungen darüber, ob ein Kreditauftrag, ein Garantievertrag oder ein anderes Rechtsverhältnis anzunehmen ist, sehr auseinandergehen. Es handelt sich dabei darum, daß bei einem Kreditauftrag die Kreditgewährung von dem Willen des Beauftragten abhängen soll. Enneccerus hat früher darin einen durch die Kreditgewährung bedingten Auftrag gesehen, während er später [32] sich auch auf den Standpunkt stellt, daß ein Auftrag ohne Ausführungspflicht ein Widerspruch in sich selbst sei. Es würde also nach dem Willen der Parteien entweder ein formloser Garantievertrag oder eine formbedürftige Bürgschaft vorliegen, je nachdem der „Auftraggeber" eine von einer fremden Schuld abhängige Einstandspflicht oder eine selbständige Erfolgshaftung übernehmen wollte.

Nach Planck soll ein eigenartiges Rechtsverhältnis vorliegen, auf das er im wesentlichen die Normen des Auftragsrechts analog anwenden will.

Oertmann [33] spricht sich für einen Garantievertrag, der Reichsgerichtskommentar [34] für Formbedürftigkeit aus. Priester [35] stellt

---

[32] Enneccerus: 11. Bearbeitung 1930, II, § 193, 4 c, S. 622.
[33] Oertmann a. a. O. § 778, 2 a. [34] RGRK § 778, 1.
[35] Priester a. a. O. S. 18.

es darauf ab, ob die „Garantiezusage" nach der Parteivereinbarung widerruflich oder unwiderruflich sei. Im ersteren Falle liege eine echte Bürgschaftsverpflichtung vor, wenn die Kreditgewährung erfolgt sei, ohne daß die Zusage vorher zurückgezogen wurde. Im zweiten Falle will er dagegen eine Verbürgung für eine künftige Schuld annehmen.

Aus diesen sich widersprechenden Ansichten ersieht man schon, daß sich auch hier wieder wie so häufig bei der Abgrenzung des Garantievertrages von anderen Rechtsinstituten eine allgemein gültige Norm nicht aufstellen läßt. Die Entscheidung kann jeweils nur unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des konkreten Falls erfolgen.

II. Die bedingte Schenkung. Die Tatsache, daß von den meisten Fachbearbeitern der Garantievertrag im Anschluß an Stammler als ein unentgeltlicher Vertrag bezeichnet wurde, hat den Gedanken aufkommen lassen, es handele sich um eine Schenkung, die unter einer Bedingung abgeschlossen sei. Diese Ansicht ist von vornherein für alle diejenigen nicht haltbar, die sich — wie dies auch in dieser Arbeit geschehen ist, — auf den Standpunkt stellen, daß es auch entgeltliche Garantieverträge gäbe. Aber auch wenn man die Unentgeltlichkeit als ein Begriffsmerkmal des Garantievertrages ansehen will, muß man bei näherem Zusehen zu dem Ergebnis kommen, daß der Garantievertrag weder bedingt noch eine Schenkung ist. Es kann natürlich vorkommen, daß der Garantievertrag unter einer Bedingung gestellt wird, z. B. derart, die Garantiehaftung solle nur dann gelten, wenn das Unternehmen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt durchgeführt ist. Im Regelfalle kann aber von einer Bedingung beim Garantievertrage keine Rede sein. Die Tatsache allein, daß der Garantieempfänger den Garanten erst und nur nach Eintritt des Schadenfalles in Anspruch nehmen kann, macht den Garantievertrag noch nicht zu einem bedingten Rechtsgeschäft, denn dann müßte ja z. B. die Bürgschaft ebenfalls bedingt sein, da der Bürge ja nur dann einstehen will, wenn der Gläubiger von dem Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen kann.

Ebensowenig läßt sich aber im Garantievertrage eine Schenkung erblicken. Stammler[36] lehnt dies schon mit dem Hinweis

---

[36] Stammler a. a. O. S. 51.

darauf ab, daß dem Garanten ja jede Bereicherungsabsicht völlig fernliege. Durch seine Risikoübernahme wolle er das Unternehmen fördern, es sichern, aber nicht bereichern. Vielmehr hoffe er ja geradezu, daß er nichts zu zahlen brauche. Im übrigen müßte man dann ja auch in der Bürgschaftsübernahme oder etwa in der Pfandbestellung eine Schenkung bzw. ein Schenkungsversprechen sehen, was wohl ernstlich niemand behaupten wolle.

Wichtiger aber ist es noch, daß auch objektiv beim Garantievertrage keine Bereicherung vorhanden ist. Durch seine Risikoübernahme stellt der Garant lediglich den Erfolg der geförderten Unternehmung sicher. Bleibt dieser aus irgendeinem Grunde aus, so stellt der Garant das Unternehmen lediglich so, wie es gestanden hätte, wenn die Dinge den erwarteten Verlauf genommen hätten. Darin liegt aber keine Bereicherung. Auch diese Überlegung führt zu dem Ergebnis, daß der Garantievertrag nicht als Schenkung angesehen werden kann.

III. Das Darlehen. Häufiger ist es schon vorgekommen, daß man in dem Garantievertrag nichts anderes als ein Darlehen erblicken wollte. Es ist klar, daß dies überhaupt nur bei solchen Garantieverträgen in Betracht kommen kann, in denen die Parteien eine Rückzahlungsvereinbarung getroffen haben; denn die Rückzahlungsverpflichtung ist ein Wesensmerkmal des Darlehens. Aber selbst dann bestehen noch zwischen dem Garantievertrag und dem Darlehen erhebliche Wesensunterschiede.

Bei einem Garantievertrag mit Rückzahlungsberedung ist die Rückzahlungsverpflichtung nur bedingt, sie tritt nur dann und erst dann ein, wenn das Unternehmen einen Gewinn abwirft. Sie ist also nicht wie beim Darlehen wesentlicher Vertragsbestandteil.

Es würde auch zu ganz unhaltbaren Ergebnissen führen, wollte man die Vorschriften des Darlehensrechtes auch nur analog auf den Garantievertrag anwenden. Dies beweist schon ein Blick auf § 610 BGB: Wollte man dem Garanten das dem Darleiher dadurch eingeräumte Recht, das Darlehensversprechen zu widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, ebenfalls einräumen, so würde damit der Garantievertrag seinen Sinn und Zweck verlieren. Denn die Haftung des Garanten soll gerade dann einsetzen, wenn das Unternehmen einen Verlust oder einen Ausfall erlitten hat, d. h. also wenn in den Vermögensverhältnissen des Unternehmens eine

Verschlechterung eingetreten ist. Auch dieser Hinweis beweist schon, daß man den Garantievertrag und das Darlehen unmöglich miteinander gleichsetzen kann.

IV. Der Versicherungsvertrag. Die meisten verwandten Züge weist wohl der Garantievertrag mit dem Versicherungsvertrag auf. Eine allgemein anerkannte Definition des Versicherungsvertrages fehlt. Im allgemeinen will man als Versicherungsvertrag etwa denjenigen selbständigen Vertrag ansehen, durch den sich der eine Vertragspartner gegen Entgelt verpflichtet, im Falle des Eintritts eines bestimmten zunächst noch ungewissen Ereignisses den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen oder eine vereinbarte Summe oder Rente zu zahlen. Hier ist hervorzuheben, daß danach ein Wesensmerkmal des Versicherungsvertrages die Entgeltlichkeit bildet. Damit ist für diejenigen, die die Unentgeltlichkeit als einen wesentlichen Bestandteil des Garantievertrages ansehen, die Abgrenzung dieser beiden Vertragsarten bereits gegeben.

Aber auch wenn man der hier vertretenen Auffassung zustimmt, daß es auch entgeltliche Garantieverträge gäbe, lassen sich noch genügend Unterscheidungsmerkmale, die diese beiden Rechtsinstitute voneinander trennen, anführen.

So wird zunächst mit dem Versicherungsvertrag nicht wie mit dem Garantievertrag die Unterstützung und Förderung einer fremden Unternehmung bezweckt. Infolgedessen ist auch das Anwendungsgebiet des Garantievertrages enger als das des Versicherungsvertrages. Umgekehrt wird der Versicherte durch die Versicherung nur gegen ganz bestimmte, von außen her drohende Gefahren gesichert, während durch den Garantievertrag das Unternehmen als solche Stützung und Sicherung erhält.

Nach einer mitunter auch vertretenen Meinung soll ein weiteres Unterscheidungsmerkmal darin zu sehen sein, daß der Versicherungsvertrag nur für ganz bestimmte schädigende Ereignisse gelten solle, während beim Garantievertrag die Verpflichtung unabhängig von der Art des schädlichen Ereignisses sei. Hierbei hat man aber übersehen, daß eine entsprechende einschränkende Abmachung auch beim Garantievertrag durchaus getroffen werden kann.

Guggenheim[37] will ein weiteres Unterscheidungsmerkmal in der Art des Entgelts sehen. Die Prämienzahlung beim Versicherungsvertrag sei rechtlich gesehen eine Vorleistung, die gewöhnlich in bestimmten Abständen zu erfolgen habe. Im Gegensatz dazu handele es sich beim entgeltlichen Garantievertrag um Rückleistung mit evtl. Verzinsungspflicht, die auch nur dann zu erfolgen habe, wenn das Unternehmen wieder rentabel arbeitet.

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal, das in der Praxis häufig das Erkennen der Vertragsart erleichtern kann, besteht darin, daß die Versicherung heutzutage eigentlich nur im planmäßigen Versicherungsbetrieb vorkommt. Der Versicherer kann und wird die Wahrscheinlichkeit und Häufigkeit des oder der schädigenden Ereignisse durchschnittlich berechnen und danach die Prämien festsetzen. Auf diese Art wird es ihm bei richtiger Berechnung meistens möglich sein, damit Gewinne zu erzielen, was beim Garantievertrag im Normalfalle weder vorkommen wird noch beabsichtigt ist. Daraus ergibt sich die weitere Konsequenz, daß die Versicherung heute durchweg gewerbsmäßig betrieben wird und als Versicherer nur große kapitalkräftige Gesellschaften auftreten. Von einer Gewerbsmäßigkeit kann aber beim Garantievertrage keine Rede sein. Auch ist es durchaus denkbar und kommt in der Praxis häufiger vor, daß als Garant eine Einzelperson auftritt, was bei der Versicherung wohl niemals der Fall sein dürfte. Somit ergibt sich, daß auch diese beiden Vertragsarten trotz mancher äußeren Ähnlichkeiten ihrem Wesen nach durchaus verschieden sind.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß der Garantievertrag zwar mit verschiedenen anderen Rechtsinstituten verwandte Merkmale aufweist, sich aber bei näherem Zusehen doch als ein Vertrag eigener Art erweist.

---

[37] Guggenheim a. a. O. S. 68 und 69.

3. ABSCHNITT

Die rechtlichen Wirkungen des Garantievertrages

§ 7: Der Umfang der Garantiehaftung

Zur Beurteilung der rechtlichen Folgen des Garantievertrages wird in erster Linie die Feststellung des Umfanges der Garantiehaftung häufig von großer Bedeutung sein. Im vorigen Abschnitt wurde bereits angedeutet, daß dieser durch Parteivereinbarung beliebig begrenzt werden kann. Es ist also durchaus möglich, daß ein Ersatz nach dem Willen der Parteien nur dann geleistet werden soll, wenn der Schaden durch ganz bestimmte Ereignisse hervorgerufen worden ist. Mitunter wird auch die Ersatzverpflichtung auf solche Gefahren beschränkt bleiben, die in dem Wesen des gesicherten Unternehmens begründet sind. Ebenso kann die Haftung des Garanten nach ihrer Höhe hin begrenzt werden. Der letztere Fall, daß der Garant nur bis zu einem bestimmten Höchstbetrage haftet, kommt in der Praxis häufig vor. Insbesondere trifft dies immer dann zu, wenn ein Garantiefonds gebildet ist. Durch derartige Vereinbarungen wird das Wesen des Garantievertrages nicht verändert oder berührt. In diesen Fällen wird die Feststellung der Ersatzleistung keinen großen Schwierigkeiten begegnen.

Schwieriger wird die Entscheidung schon dann, wenn die Parteien es unterlassen haben, den Umfang der Garantiehaftung zu regeln und lediglich von dem einen Vertragspartner ganz allgemein die „Garantie" übernommen wurde. Dann erhebt sich die Frage: Haftet der Garant für den ganzen entstandenen Schaden, und erstreckt sich seine Haftung auch auf diejenigen Schäden, deren Eintritt auf Zufall oder höhere Gewalt zurückzuführen ist?

Nach dem Sinn und Zweck des Garantievertrages wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, daß mangels einer entgegenstehenden Parteivereinbarung der Garant für den gesamten enstandenen Schaden einzustehen hat. Bei der Schadenfeststellung wird man allerdings davon ausgehen müssen, daß sich im Regelfalle die Haftung des Garanten mit der Erstattung des „damnum emergens", also des direkt dem Unternehmen entstan-

denen Schadens erschöpft. Dagegen kann man nicht ohne weiteres annehmen, daß seine Haftung sich auch auf den entgangenen Gewinn erstrecken würde; denn normalerweise wird der Zweck des Garantievertrages nur dahin gehen, einen Schaden wieder gutzumachen, aber nicht dahin, dem Unternehmen einen Gewinn zukommen zu lassen. Wenn die Parteien dies beabsichtigen, werden sie es ausdrücklich vereinbaren müssen

Der Garant steht dafür ein, daß dem Unternehmen irgendein Schaden nicht erwachsen werde. Der Eintritt oder Nichteintritt eines solchen schädigenden Ereignisses ist aber bei Vertragsabschluß noch völlig ungewiß und auch von vielen Umständen, also auch von Zufall oder höherer Gewalt abhängig. Hat der Garant also seine Verpflichtung ohne Einschränkung übernommen, so muß er dann auch für Schadensfälle einstehen, die auf Zufall oder höhere Gewalt zurückzuführen sind. Denn durch den Garantievertrag wollte ja der Garant jede dem Unternehmen drohende Gefahr eines Verlustes auf sich nehmen ohne Rücksicht darauf, wodurch der Schaden verursacht ist. Umgekehrt hat sich der Garantieempfänger nur durch diese Zusage zum Beginn oder zur Fortführung des Unternehmens bewegen lassen. Nach Treu und Glauben muß daher der Garant auch für außerordentliche Schadensfälle einstehen. Seine Haftung ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Schaden durch doloses oder schuldhaftes Handeln des Garantieempfängers selbst verursacht worden ist.[38] Denn es würde gegen § 157 BGB verstoßen, wollte man den Garanten auch dann haften lassen, wenn der Schaden auf ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten des Garantieempfängers zurückzuführen ist. Im übrigen würde darin auch eine positive Vertragsverletzung zu erblicken sein.

Schwieriger ist die Entscheidung dann, wenn dem Garantieempfänger nur leichte Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann. Aus Billigkeitserwägungen wird man wohl auch in diesem Falle zu einer Haftungsbefreiung des Garanten kommen müssen; denn es darf ja nicht vergessen werden, daß der Garant das Risiko meistens ohne Entgelt übernimmt. Der Garant hat also fast nur Pflichten, denen kaum irgendwelche Rechte gegenüberstehen. Auch müßte er im Prozeß den Beweis für das fahrlässige Verhalten des Unternehmers erbringen, was gewöhnlich nur unter sehr großen

[38] Enneccerus II § 194 II 5.

Schwierigkeiten möglich sein dürfte. Aus diesen Erwägungen heraus wird man wohl seine Haftung nicht allzuweit ausdehnen dürfen.

Hier sei noch auf eins hingewiesen: An einer anderen Stelle der Arbeit ist bereits dargelegt worden, daß der Garantievertrag für den Garanten eine Schadensersatzverpflichtung begründet. Während aber das Gesetz sonst einen Schadenersatzanspruch nur bei Verschulden des Verpflichteten gewährt, wird hier die Schadenersatzpflicht auch ohne ein solches Verschulden begründet. Trotzdem nimmt Stammler mit Recht an, daß die allgemeinen Schadenersatzvorschriften des BGB anwendbar sind. Der Garant habe den Unterschied in dem Vermögensbestande des Unternehmens, der durch das zufällige Ereignis bzw. den Nichteintritt des garantierten Erfolges entstanden ist, auszugleichen.

§ 8: Der Einfluß der Unmöglichkeit

Bei der Untersuchung über den Einfluß der Unmöglichkeit auf die Wirksamkeit des Garantieversprechens kann schon der Fall außer Betracht bleiben, daß das Unternehmen schon bei Vertragsabschluß unmöglich war. Dann fehlt es an einer für den Garantievertrag notwendigen Voraussetzung, ohne die er weder entstehen noch bestehen kann. Wird das Unternehmen allerdings erst nachträglich unmöglich, so ist das für den Garantievertrag bedeutungslos, da der Garant von vornherein auch damit rechnen muß, daß das Unternehmen als solches in seinem Bestande gefährdet sein kann.

Weiterhin ist zu beachten, daß nach § 306 BGB ein Vertrag dann nichtig ist, wenn er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Von einer solchen objektiven Unmöglichkeit kann allerdings beim Garantievertrag nie die Rede sein, da ja die Leistung des Garanten auf Schadenersatz, also auf Geld geht und somit begrifflich immer möglich ist. Die Untersuchung muß sich also lediglich auf die Fälle erstrecken, bei denen der Eintritt eines Schadens oder die Erzielung des garantierten Gewinns bereits bei Vertragsabschluß unmöglich ist. Hier kann zunächst die Behauptung aufgestellt werden, daß diese Unmöglichkeit an sich ohne Bedeutung für die Garantiehaftung ist. Bedeutungsvoll ist es lediglich, ob die Parteien bei Vertragsabschluß von der Unmöglichkeit Kenntnis hatten oder nicht; denn da der Garant das Risiko des Unternehmens auf sich nehmen will, also für ein noch ungewisses Ereignis

einstehen will, so kann der Vertragszweck nur solange erfüllt werden, als diese Ungewißheit bei den Parteien vorherrscht.

Wissen beide Parteien nichts von der Unmöglichkeit des Eintritts oder Nichteintritts des schädigenden Ereignisses, so ist diese Tatsache für die Garantiehaftung ohne Belang; denn dann liegt ja bei Vertragsabschluß auf beiden Seiten das Moment der Ungewißheit vor, sodaß der Garant zur Schadenersatzleistung verpflichtet bleibt.

Kannten dagegen beide Parteien schon bei Abschluß des Vertrages die Unmöglichkeit, so fehlt auf seiten des Garanten das für den Garantievertrag wesentliche Begriffsmerkmal der Risikoübernahme. Ein Garantievertrag kann da nicht vorliegen, während durch eine derartige Vereinbarung ein anderes Rechtsgeschäft zur Entstehung gelangt sein kann.

Ebenso liegt der Fall, wenn von der Unmöglichkeit nur der Garant Kenntnis hatte. Dann kann aus den gleichen Gründen wie bei dem eben besprochenen Fall ein Garantievertrag nicht gegeben sein, jedoch bleibt dann der Garant rechtlich gebunden und ist zum Schadenersatz verpflichtet.

Ist die Kenntnis nur auf seiten des Garantieempfängers vorhanden, so ist zwar ein Garantievertrag zustande gekommen, jedoch hat dann der Garantieempfänger dolos gehandelt, sodaß der Garant den Vertrag anfechten könnte.

§ 9: Die Rechtsstellung des Garanten

I. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß der Garantievertrag zwischen dem Garanten und dem Unternehmer abgeschlossen wird. Infolgedessen hat der Garant durch Abschluß des Vertrages lediglich dem Garantieempfänger gegenüber Verpflichtungen auf sich genommen. Er haftet nur diesem, nicht etwa auch dessen Gläubigern. Er hat zunächst nur die Pflicht Ersatz zu leisten und zwar entweder nur für den Schaden, der dem Unternehmen entstanden ist, oder auch, falls eine dahingehende Abmachung von den Parteien getroffen wurde, für den entgangenen Gewinn. Hier bleibt nur noch nachzutragen, daß der Garant nicht etwa verpflichtet ist, schon vorher von sich aus zur Abwendung des bevorstehenden Schadenereignisses oder zur Heibeiführung des garantierten Erfolges einzugreifen. Seine Pflicht dem Garantie-

empfänger gegenüber wird erst dadurch ausgelöst, daß der Schaden eingetreten oder der Erfolg ausgeblieben ist.

Eine andere Frage ist es, ob der Garant ein Recht auf ein solches vorzeitiges Eingreifen hat. Grundsätzlich wird diese Frage aus allgemeinen Erwägungen heraus zu verneinen sein. Man wird höchstens in besonders gelagerten Fällen dem Garanten das Recht zusprechen können, den Erfolg selbst herbeizuführen. Dies kann allerdings auch nur dann in Betracht kommen, wenn der Eintritt des Erfolges gerade zu diesem Zeitpunkt erwartet wurde, und es dem Unternehmer außerdem nicht darauf ankommen kann, wer den Erfolg herbeiführt.

Es wurde bereits dargelegt, daß der Garant keinen Anspruch auf Beginn oder Fortführung des Unternehmens hat. Er kann den Garantieempfänger höchstens indirekt durch die auflösende Bedingung dazu zwingen, daß die Garantiehaftung ihr Ende finden soll, wenn das Unternehmen nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt durchgeführt ist.

Viel umstritten ist die Frage, ob der Garant ein Recht auf Überwachung des Unternehmens, Einsichtnahme in die Bücher und vor allem auf Rechnungslegung hat. Besonders den Anspruch auf Rechnungslegung will Kroener[39] dem Garanten zuerkennen mit der Begründung, daß der Garantieempfänger schon nach den Grundsätzen von Treu und Glauben die Pflicht habe, die Höhe seines Schadens oder Ausfalles zu beweisen. Ferner will er § 666 BGB analog anwenden.

Zu dem ersten Argument ist zu sagen, daß der Garantieempfänger wohl im Prozeß eine genaue Abrechnung vorlegen muß, um die Berechtigung und die Höhe des geltend gemachten Anspruchs, für die ihn die Beweislast trifft, nachzuweisen. Daraus kann man aber noch keine generelle Verpflichtung zur Rechnungslegung ableiten. Zu welchen unhaltbaren Ergebnissen dies führen würde, ersieht man, wenn man an den Garantiefonds denkt. Die Bildung eines Garantiefonds ist nicht selten und geschieht dadurch, daß sich eine Reihe von Garanten einem Konsortium gegenüber zur Zahlung bestimmter Garantiesummen verpflichtet, falls bei dem Unternehmen der erwartete Erfolg ausbleibt. In einem solchen Falle würde der Zweck des Garantievertrages unter Umständen völlig vereitelt werden, wenn jeder der Garanten die

---

[39] Kroener a. a. O. S. 24.

Auszahlung der Garantiesumme verweigern könnte, bis ihm gegenüber die Rechnungslegung erfolgt ist.[40]

Noch weniger stichhaltig ist das zweite Argument Kroeners. Es wurde bereits an einer anderen Stelle nachgewiesen, daß zwischen dem Auftrag und dem Garantievertrag ganz erhebliche Wesensunterschiede bestehen, die eine analoge Anwendung der Auftragsnormen auf den Garantievertrag nicht zulassen. Aus diesen Gründen kann dem Garanten ein Anspruch auf Rechnungslegung nicht zuerkannt werden. Hält er ein solches Recht für wünschenswert, so muß er es sich vorher vertraglich ausbedingen, wie dies auch in der Praxis häufig — insbesondere bei den vom Staat erteilten Garantien — vorkommt.

II. Es ist unbestritten, daß auch Mehrere die Garantiehaftung für das Risiko, das mit einem Unternehmen verbunden ist, übernehmen können. Es kann dies auf verschiedene Weise geschehen: Entweder übernehmen mehrere in einem Vertrage das Risiko derart, daß jeder den gleichen Bruchteil des Schadens tragen soll; oder jeder verpflichtet sich in einem besonderen Vertrage, unabhängig von den übrigen, zur Tragung eines Teiles des Schadens; oder es übernehmen die mehreren Garanten in einem Vertrage die ganze Haftung. In diesen drei Fällen regeln sich die Rechtsverhältnisse nach den Bestimmungen des BGB über die Gesamthaftung, die ja auch für den Garantievertrag ebenso gelten wie für alle anderen Verträge. Eine Erörterung darüber ist also überflüssig. Schwieriger ist die Entscheidung, wenn Mehrere in gesonderten Verträgen unabhängig voneinander die Haftung zu einem bestimmten Teil übernehmen derart, daß die Gesamtsumme der Teile höher ist als der Anspruch des Garantieempfängers. Die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung wird allgemein anerkannt, schon mit dem Hinweis auf das Gesetz über den Versicherungsvertrag, das eine Doppelversicherung zuläßt. Landmann[41] sieht die Lösung dieses Falles darin, daß die Garantiebeträge der einzelnen Garanten anteilmäßig so herabgesetzt werden, bis durch die Summe der herabgesetzten Beträge der Gesamtschaden des Unternehmens gedeckt ist.

Am schwierigsten wird die Lösung sein, wenn sich jeder der Garanten, ohne von den anderen etwas zu wissen, in einem

[40] OLG Dresden, DJZ 1916, Nr. 7/8, S. 448.
[41] Landmann a. a. O. S. 34.

besonderen Vertrage zur Tragung des gesamten Schadens verpflichtet hat. Sicher ist, daß der Garantieempfänger nicht von allen oder von mehreren Garanten den Ersatz des vollen Schadens verlangen kann. Dies kann er ebensowenig, wie der Doppeltversicherte sich zweimal den Schaden ersetzen lassen kann. Dies ergibt sich übrigens auch ohne weiteres aus dem Sicherungszweck des Garantievertrages. Ist von einem Garanten Ersatz für den Schaden oder den entgangenen Gewinn geleistet worden, so hat das Unternehmen keinen Ausfall mehr. Infolgedessen können auch die übrigen Garanten nicht mehr in Anspruch genommen werden. Sie könnten also dem Begehren des Garantieempfängers mit der Einrede begegnen, daß ein Ausfall nicht mehr vorhanden sei.

Selbstverständlich ist es weiterhin, daß sich der Garantieempfänger an denjenigen Garanten halten kann, der ihm als der Geeignetste erscheint. Es bleibt noch die Frage zu untersuchen, welches Verhältnis der Garanten untereinander besteht, wenn einer von ihnen geleistet hat. Meines Erachtens hat Knipp[42] dieses Problem richtig gelöst, der zu dem Ergebnis kommt, daß die Normen über die Gesamtschuld unmittelbar anzuwenden sind. Er geht von dem richtigen Gedanken aus, daß der Gesetzgeber eine gewisse Einheitlichkeit des Entstehungsgrundes der verschiedenen Rechtsverhältnisse als notwendige Voraussetzung für alle Gesamtschuldverhältnisse gefordert hat. Diese Einheitlichkeit des Entstehungsgrundes erblickt er hier darin, daß „die einzelnen Schuldverhältnisse" an die gleiche Voraussetzung anknüpfen, den gleichen Inhalt haben, von gleicher Art sind und auch den gleichen wirtschaftlichen Zweck verfolgen". Auf diesem Wege kommt er dann zu dem zutreffenden Ergebnis, daß die Normen über die Gesamtschuld hier anzuwenden sind. Somit ergibt sich ein Ausgleichsverhältnis der Garanten untereinander gemäß § 426 BGB.

III. Viel umstritten ist ferner das Problem, ob und wann der Garant, der den Garantieempfänger befriedigt hat, einen Anspruch gegen einen Drittschuldner erhält. Vorauszuschicken ist, daß solche Rechtsbeziehungen zwischen Garant und Drittschuldner nur dann entstehen können, wenn schon dem Garantieempfänger ein bestimmter Anspruch gegen den Drittschuldner zustand. Es kommen dabei zwei Hauptanwendungsfälle in Betracht: nämlich

[42] Knipp a. a. O. S. 81 ff.

einmal der, daß der Dritte seine Verpflichtung aus einem zwischen ihm und dem Garantieempfänger abgeschlossenen Vertrag nicht erfüllt hat; und ferner der, daß die Verbindlichkeit des Dritten ebenso wie die des Garanten in einer Haftung auf Schadenersatz besteht, weil der Dritte den Garantiefall durch eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung verursacht hat. Ohne weiteres klar ist die Sachlage dann, wenn — wie dies bei Garantieverträgen häufig geschieht — schon bei Vertragsabschluß eine Abtretung der Ansprüche, die der Garantieempfänger gegen den Drittschuldner hat, an den Garanten erfolgt ist. Schwierig wird es erst dann, wenn eine derartige Abrede nicht getroffen wurde und der Garantieempfänger auch nicht nachträglich zu einer Abtretung seines Anspruches gegen den Drittschuldner bereit ist. Abzulehnen ist jedenfalls die gelegentlich vertretene Ansicht, daß § 774 BGB analog anzuwenden sei. Davon kann m. E. schon deshalb keine Rede sein, weil diese Vorschrift sich aus dem Wesen der Bürgschaft, insbesondere aus deren akzessorischer Natur erklärt und schon deshalb ein Analogieschluß für den Garantievertrag unmöglich ist.

Ebenso liegt auch keine Gesamthaftung des Garanten und des Drittschuldners vor, da ihre Verpflichtungen nach Entstehungsgrund und Inhalt ganz verschiedene sind. Meinrath[43] sucht die Lösung über die Vorschriften der §§ 267; 362 Abs. I BGB zu gewinnen. Nach seiner Ansicht soll sich der Garantievertrag durch die Leistung des Garanten auflösen als eine unter einer Bedingung eingegangene Verpflichtung, den Garantieempfänger gemäß den §§ 267; 362 Abs. I BGB zu befriedigen. Damit stellt er aber die Behauptung auf, daß der Garant sich in dem Garantievertrage zur Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit verpflichtet. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergibt sich schon aus den früheren Ausführungen, in denen dargelegt wurde, daß die Verpflichtung des Garanten durchaus selbständig und von einer fremden Verbindlichkeit völlig unabhängig ist. Mit seiner Leistung erfüllt der Garant lediglich seine eigene Verpflichtung.

Auch ist es m. E. nicht angängig, den Garanten als Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen; denn er erfüllt ja, wie wir eben schon sahen, nicht eine fremde, sondern eine eigene Verbindlichkeit. Auch ist der Wille des Garanten nur auf Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit gerichtet. Infolgedessen kann man auch

[43] Meinrath a. a. O. S. 28.

die Vorschriften der §§ 683; 684 BGB nicht anwenden. Dagegen könnte man daran denken, den Garanten einen Abtretungsanspruch aus § 255 BGB zuzubilligen. Zunächst scheint diese Vorschrift hier anwendbar zu sein. Ihr Zweck geht dahin, daß der Geschädigte durch den Schadenersatz nicht bereichert werden dürfe. Bliebe aber sein Anspruch gegenüber einem Dritten auch noch nach der Schadenersatzleistung bestehen, so wäre er zweifellos um diesen Anspruch bereichert. Trotzdem kann dem Garanten aus § 255 BGB ein Abtretungsanspruch nicht gewährt werden. Die Verpflichtung des Garanten zum Schadenersatz beruht unmittelbar auf Vertrag und ist auch als der eigentliche Inhalt des Vertrages anzusehen. In solchen Fällen ist aber die Anwendung des § 255 BGB versagt.[44] Da auf diesem Wege eine Lösung nicht zu finden war, ist der Gedanke aufgetaucht, § 67 des Versicherungsgesetzes analog anzuwenden. Durch diese Vorschrift wird bestimmt, daß kraft Gesetzes die Forderung des Versicherten gegen den Urheber des Schadens auf Ersatz des durch den Versicherungsfall entstandenen Schadens insoweit auf den Versicherer übergeht, als dieser den Schaden ersetzt hat. An sich scheint mir der Möglichkeit einer solchen analogen Anwendung dieser Vorschrift nichts im Wege zu stehen. Es wurde bereits betont, daß der Versicherungsvertrag und der Garantievertrag in mancher Hinsicht eine gewisse Ähnlichkeit aufweisen. Es läßt sich auch nicht bezweifeln, daß trotz juristischer Verschiedenheit der beiden Vertragsarten die Parteiinteressen bei ihnen gleich gelagert sind oder zum mindesten sehr ähnlich liegen. Auch beim Garantievertrage wäre es nur billig, wenn man den Anspruch des Garantieempfängers gegen den Drittschuldner auf den Garanten übergehen ließe, der den durch den Drittschuldner verursachten Schaden gedeckt hat. Trotzdem bedarf es m. E. eines solchen Analogieschlusses nicht, da man den Garanten einen Anspruch gegen den Dritten aus ungerechtfertigter Bereicherung zubilligen kann. Dazu kommt es in erster Linie darauf an, ob durch die Leistung des Garanten das zwischen dem Garantieempfänger und dem Drittschuldner bestehende Schuldverhältnis untergeht oder nicht. Knipp[45] hält dies schon wegen der Verschiedenheit der Verbindlichkeiten für ausgeschlossen. Im Gegensatz dazu stehe ich auf dem Standpunkt, daß das oben erwähnte Schuldverhältnis durch die

---

[44] Vgl. RG in JW 1908 S. 466. [45] Knipp a. a. O. S. 88.

Leistung des Garanten untergehen wird. Zwar ist es richtig — worauf auch bereits hingewiesen wurde —, daß der Garant nur eine eigene Verbindlichkeit erfüllt und damit an sich die des Dritten bestehen bliebe. Trotzdem läßt sich nicht leugnen, daß zum mindesten auf seiten des Garantieempfängers konkurrierende Ansprüche vorhanden sind. Denn seine beiden Ansprüche — gegen den Garanten und gegen den Drittschuldner — sind darauf gerichtet, die von dem Dritten geschuldete Leistung oder einen entsprechenden Ersatz dafür zu erhalten. Sie gehen also auf Befriedigung des gleichen Interesses. Befriedigt nun der Garant den gegen ihn gerichteten Anspruch, so liegt nach dem von Klein[46] geprägten Ausdruck „Bedürfnisbefriedigung" beim Gläubiger vor. Sein Interesse ist damit befriedigt. Durch eine weitere Leistung würde er ein Zuviel erhalten. Der Zweck ist also durch die eine Leistung erreicht, sodaß ein weiterer Anspruch hinfällig werden muß. Übrigens liegen die Dinge hier ganz ähnlich wie bei der Bürgschaft: Auch dort ist das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Hauptschuldner hinfällig geworden. Enneccerus II § 191 I. 1. Anm. 4 führt dazu aus: „Der Übergang steht also damit, daß die Forderung des Gläubigers durch die Zahlung von seiten des Bürgen erlischt, nur in scheinbarem Widerspruch." Ist also beim Garantievertrag die Forderung des Garantieempfängers nicht bereits stillschweigend oder vertraglich zediert worden, so ist diese Forderung durch die Leistung des Garanten untergegangen. Der Drittschuldner ist also ohne eigene Leistung oder Vermögenseinbuße von seiner Verbindlichkeit befreit worden. Damit ist aber auch die Möglichkeit gegeben, dem Garanten einen Anspruch gegen den Dritten aus ungerechtfertigter Bereicherung zuzubilligen; denn es ist ja allgemein anerkannt, daß die Bereicherung nicht unbedingt in einer „Zuwendung" an den Bereicherten bestehen muß; es genügt ja auch, wenn ihm die fremde Leistung unmittelbar zugute kommt. Es ist auch unbeachtlich, daß der Garant „nicht ohne rechtlichen Grund", sondern gerade auf Grund seiner Verpflichtung aus dem Garantievertrag leistet; denn zur Anwendung des § 812 BGB ist es lediglich erforderlich, daß der Bereicherte auf Kosten des anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Es kann aber wohl nicht bestritten werden, daß dies hier zutrifft; denn wir hatten gesehen, daß die Schuld

[46] Klein: „Untergang der Obligation durch Zweckerreichung". Berlin 1905.

des Dritten durch die Leistung des Garanten erloschen ist. Damit ist er ohne Rechtsgrund von seiner Verbindlichkeit befreit worden. Dieses Ergebnis hat übrigens noch den Vorteil, daß eine Anspruchsabtretung überflüssig ist; der Garant hat einen direkten Anspruch gegen den Dritten.

Aber auch wenn man mit der vielfach vertretenen Ansicht das Erlöschen des zwischen Garantieempfänger und Drittschuldner bestehenden Schuldverhältnisses verneint, hat der Garant einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, nur richtet sich dieser dann gegen den Garantieempfänger; denn dieser ist um seinen Anspruch gegen den Dritten bereichert. Hier könnte sich der Einwand erheben, daß die Bereicherung nicht „ohne rechtlichen Grund" erfolgt ist. Der Anspruch rührt ja entweder her aus Vertrag oder aus einer Handlung, die den Dritten rechtlich zum Schadensersatz verpfichtet. Hier hat aber m. E. Knipp[47] recht, der sich auf den Standpunkt stellt, daß nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dieser Rechtsgrund dem Garanten gegenüber die Bereicherung des Unternehmens nicht mehr „rechtfertigen" könne. „Denn nach dem Grundgedanken der Normen des BGB über ungerechtfertigte Bereicherung wird das Fehlen eines rechtlichen Grundes immer dann anzunehmen sein, wenn eine Vermögensverschiebung zwar innerhalb der vom Rechte gezogenen Schranken vor sich gegangen ist und daher formell zu Recht besteht, im Verhältnis zwischen den Verlierenden und dem Gewinnenden aber als materiell ungerecht erscheint." Dann kommt man auf diesem Wege dazu, daß der Garant von dem Garantieempfänger die Abtretung seines Anspruchs gegen den Dritten aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen kann.

§ 10: Die Rechtsstellung des Garantieempfängers

Über die Pflichten und Rechte des Garantieempfängers ist nicht viel zu sagen. Das Wesentliche hierüber ist bereits in den früheren Ausführungen über die Rechtsstellung des Garanten, dessen Rechte und Pflichten, zum Ausdruck gekommen. Dem Garanten gegenüber hat er in erster Linie das Recht, Ersatz des eingetretenen Schadens oder gegebenenfalls Erstattung des aus-

[47] Knipp a. a. O. S. 92.

gebliebenen Gewinns zu verlangen. Wurde vereinbarungsgemäß die Haftung des Garanten auf eine bestimmte Garantiesumme beschränkt, so kann er natürlich nur diesen Betrag fordern, falls der Schaden mindestens dessen Höhe erreicht hat. Erwähnt wurde bereits, daß er Eingriffe in sein Unternehmen und Vorschriften über dessen Durchführung von dem Garanten nicht zu dulden oder entgegenzunehmen braucht. Darin besteht ja gerade ein wesentlicher Unterschied zwischen Garantievertrag und Auftrag.

Eine Pflicht zum Beginn oder zur Fortführung des garantierten Unternehmens besteht für ihn nicht, worauf ebenfalls schon hingewiesen wurde. Ebenso wurde eine grundsätzliche Verpflichtung zur Rechnungslegung bereits abgelehnt, wenn nicht vertraglich etwas anderes festgelegt wurde.

Auch die Verpflichtung zur Rückerstattung der geleisteten Garantiesumme und zu einer evtl. Verzinsung muß zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart werden, sodaß sich auch in dieser Hinsicht weitere Ausführungen erübrigen.

Es bleibt nur noch die Frage zu erörtern, ob der Garantieempfänger nach Vertragsabschluß das Risiko des Unternehmens erhöhen darf. Hierbei wird es darauf ankommen, ob er auch mit der Risikoerhöhung im Rahmen einer ordnungsmäßigen Führung des Unternehmens bleibt oder ob er dadurch diesen Rahmen willkürlich sprengt. Im ersten Falle bleibt die Haftung des Garanten bestehen, während der Garantieempfänger im anderen Falle seine Vertragspflichten verläßt und der Garant infolgedessen auch nicht mehr daran gebunden sein kann.

Es soll nur noch einmal daran erinnert werden, daß der Garantieempfänger sein ganzes Verhalten dem Garanten gegenüber nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben einrichten muß. Er muß diejenigen Maßnahmen ergreifen, die nach Lage der Dinge geeignet erscheinen, einen Schaden zu vermeiden oder den garantierten Gewinn zu erzielen. Das Reichsgericht hat für ihn eine allgemeine Diligenzpflicht zwar nicht bejaht, aber doch in mehreren Entscheidungen zum Ausdruck gebracht, daß der Garantieempfänger auch die Interessen des Garanten berücksichtigen müsse. Tut er dies nicht, so wird der Garant ganz oder zum Teil von seiner Haftung befreit. So hat das Reichsgericht z. B. einmal entschieden,[48] daß der Garantieempfänger ebenso-

[48] RG im „Recht" 1907 Nr. 2534.

wenig wie der Bürge wider Treu und Glauben Sicherungsrechte aufgeben oder überhaupt den Garanten in sonstiger Weise benachteiligen dürfe, wenn er nicht Gefahr laufen will, seinen Anspruch gegen den Garanten zu verlieren.

§ 11: Die Form des Garantievertrages

Von einer gesetzlichen Regelung des Garantievertrages hat man aus bereits dargelegten Gründen Abstand genommen. Für ihn gelten daher nur die allgemeinen Normen des Schuldrechts. Da dort besondere Formvorschriften fehlen, ist auch der Garantievertrag an keine Form gebunden. Insbesondere verbietet sich eine analoge Anwendung des § 766 BGB aus Gründen, die sich schon aus den Wesensunterschieden, die zwischen Bürgschaft und Garantievertrag bestehen, von selbst ergeben; denn der Garant kann sich nicht auf einen anderen verlassen, wie es der Bürge häufig tun wird. Der Bürge rechnet oft damit, daß der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit schon erfüllen werde. Es kommt gar nicht so selten vor, daß der Bürge in dem Glauben lebt, es handele sich bei seiner Verbürgung mehr um eine Gefälligkeit, um eine „reine Formsache". Gerade aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber für die Bürgschaft das Formerfordernis aufgestellt. Er will den Bürgen dadurch zwingen, sich über die Ernstlichkeit seiner Verpflichtungen und über deren evtl. Folgen klarzuwerden Er will also den Bürgen vor sich selbst schützen. Diese Notwendigkeit besteht bei dem Garantievertrage nicht im gleichen Maße, da ja der Garant nicht für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit einstehen will, sondern eine eigene Verbindlichkeit begründet. Er kann sich also nicht auf einen anderen verlassen. Dazu kommt ferner, daß es sich im allgemeinen um einen ganz anderen Personenkreis handeln wird, der für den Abschluß eines Garantievertrages in Betracht kommt. Wenn es sich nicht sogar um den Staat selbst oder um eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft handelt, so sind es doch zum mindesten nur große Unternehmen oder doch sehr kapitalkräftige Einzelpersonen, die sich zur Eingehung einer solchen Garantieverpflichtung bereit finden werden. Diese sind aber durchweg in ihrem geschäftlichen und juristischen Denken viel zu geschult, als daß sie leichtsinnig irgendwelche Verpflichtungen eingehen würden. Es ist eine Erfahrung des täglichen Lebens, daß sie selbst geringfügigere und bedeutungs-

losere Abmachungen von sich aus stets schriftlich niederlegen. Um so mehr werden sie es auch ohne eine gesetzliche Formvorschrift beim Abschluß eines Garantievertrages tun, bei dem es sich unter Umständen um recht erhebliche Beträge handeln kann. Aus diesem Grunde ist auch beim Garantievertrag eine gesetzliche Formvorschrift überflüssig.

Eine andere Frage ist es, ob nach dem Gesetz ein Garantievertrag, der sich auf Immobilien bezieht, formfrei abgeschlossen werden kann. Man wird sie bejahen müssen aus der Erwägung heraus, daß damit ja nicht eine Verpflichtung zur Übertragung von Eigentum an einem Grundstück übernommen, sondern eine selbständige Verpflichtung zum Schadensersatz begründet wird.

§ 12: Endigung des Garantievertrages

Abgesehen von dem Normalfall, daß der Garantievertrag zeitlich begrenzt war und die Frist abgelaufen ist, kann er auch durch Zweckerreichung sein Ende finden. Dies ist z. B. immer der Fall, wenn der Garant seine Verbindlichkeit erfüllt hat.

Dagegen wird man nicht generell dem Garanten ein Widerrufsrecht ähnlich dem des Auftraggebers zubilligen können. Es sind allerdings Fälle denkbar, in denen nach Sinn und Zweck des Garantievertrages eine Fortdauer der Garantiehaftung für den Garanten unbillig erscheint. Das kann z. B. in Betracht kommen, wenn das Unternehmen eine wesentliche Änderung erfährt oder das Risiko der Unternehmung durch den Garantieempfänger willkürlich erhöht wird. Wenn allerdings die Risikoerhöhung in der Natur des Unternehmens selbst begründet liegt, sodaß der Garant bei Vertragsabschluß damit rechnen konnte und mußte, so bleibt er, wie bereits betont, weiterhin verpflichtet. Sonst aber könnten die eben erwähnten Handlungen des Garantieempfängers je nach Lage des Einzelfalles eine vorzeitige Haftungsbeendigung zur Folge haben.

Man geht wohl nicht fehl, wenn man mit Knipp[49] dem Garanten ein Rücktrittsrecht bei dauerndem fahrlässigen Verhalten des Garantieempfängers in der Führung des Unternehmens zubilligt. In einem solchen Falle könnte dem Garanten eine Fortdauer der Garantiehaftung nach Sinn und Zweck des Garantievertrages nicht mehr zugemutet werden.

[49] Knipp a. a. O. S. 95.

Fraglich ist es schließlich noch, ob der Garantievertrag durch den Tod des Garantieempfängers sein Ende findet. Eine generelle Beantwortung dieser Frage ist nicht möglich. Auch hier kommt es im wesentlichen auf die näheren Begleitumstände an, so daß eine Entscheidung nur von Fall zu Fall getroffen werden kann.

Schlußbetrachtung

Es wurde bereits erwähnt, daß dem Garantievertrag im Wirtschaftsleben eine große Bedeutung zukommt. Gerade der Staat hat sich häufig dieses Mittels bedient, um dadurch mittelbar die ihm gestellten öffentlichen Aufgaben zu erfüllen. Das beweist schon ein Blick auf die Geschichte des Garantievertrages. So hat der Staat z. B. in den Anfangszeiten des Eisenbahnwesens solche Unternehmungen, die den Bau und Betrieb von Eisenbahnen planten, durch Erteilung von sog. Dividendengarantien gefördert. Der Staat erreichte damit zweierlei: Dadurch, daß er die Rentabilität solcher Gesellschaften garantierte, veranlaßte er Geldgeber zur Hergabe des benötigten Kapitals. So ermöglichte er den Ausbau des Eisenbahnnetzes, der im Interesse der Allgemeinheit lag, aber auch für den Staat selbst in anderer Hinsicht, z. B. in militärischer Beziehung, von ausschlaggebender Bedeutung war. Der Staat hatte also auf diese Weise ihm gestellte Aufgaben erfüllt, ohne daß er dazu seinen eigenen Haushaltsplan belasten mußte. Nur im ungünstigsten Falle mußte er einspringen, aber auch dann wäre seine finanzielle Belastung immer noch geringer gewesen, als wenn er den Bahnbau auf eigene Kosten durchgeführt hätte. Darin beruht ja überhaupt ein wesentlicher Vorteil des Garantievertrages, daß der Garant seine eigenen finanziellen Mittel nur im Notfall einzusetzen braucht. Umgekehrt hat der Garantieempfänger den Vorteil, daß sein Unternehmen gefördert wird, ohne daß er einem Anderen Einfluß auf seine Unternehmung einzuräumen braucht.

Im Eisenbahnwesen spielt diese Finanzierungsmöglichkeit seit der Verstaatlichung der Bahnen keine Rolle mehr. Aber andere für die Öffentlichkeit wichtige Unternehmen, z. B. Schiffahrtsunternehmungen, werden auf diese Weise auch heute noch häufiger unterstützt. Häufig werden auch auf diesem Wege von Gemeinden Ausstellungen und ähnliche Veranstaltungen finanziell

gefördert. Ebenso bedienen sich oft natürliche und juristische Personen dieses Mittels, um andere Unternehmen aus irgendeinem tatsächlichen Interesse heraus sicherzustellen. Schließlich ermöglicht man oft auch durch den Garantievertrag die Durchführung von künstlerischen Veranstaltungen. Aus diesen Gründen ist es verständlich, daß der Garantievertrag im Laufe der Zeit immer mehr in Aufnahme gekommen ist und auch in Zukunft seine Bedeutung behalten wird.